





Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Bettwach, Decker und Heinsius.

Dritte Folge.

Dritter Band.

Berlin,
Verlag von Carl Heymann.

1856.

Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Bettwach, Decker und Heinsius.

Dreiunddreißigster Band.

(Dritte Folge: Dritter Band.)

Berlin,

Verlag von Carl Heymann.

1856.



Inhalts - Verzeichniß.

I. Plenar-Beschluß.

II. Senats-Entscheidungen.

1. Allgemeines Recht.

2. Wechselrecht.

3. Provinzialrecht.

4. Formelles Recht.

5. Strafrecht.

a. Plenar-Entscheidungen.

b. Abtheilungs-Entscheidungen.

III. Präjudicien.

№ 1.

Form ausländischer gerichtlicher Verträge über inländische Grundstücke.

Bedarf es bei einem, von Ausländern im Auslande, nach den dort geltenden Formen gerichtlich geschlossenen Vertrage, zur Gültigkeit der darin enthaltenen Eigenthumsübertragung eines im preußischen Gebiet belegenen Grundstückes, der Mitunterschrift der Contrahenten?

A. L. R. Einl. §. 32., Thl. I. Tit. 5. §§. 115. 116. 135. Thl. I. Tit. 21. §§. 231—233.
A. G. O. Thl. II. Tit. 1. §. 3., Thl. II. Tit. 2. §§. 45 ff. Gesetz vom 23. April 1821. (Ges. Samml. S. 43.)

Durch einen vor dem Fürstlich Lippe'schen Gerichte zu Schwalenberg am 3. September 1846 geschlossenen Vertrag, nach welchem der Anerbe Friedrich Wilhelm M., mit seiner verlobten Braut, seine elterliche Stätte antrat, wurden zugleich die, zu dieser im Fürstenthum Lippe belegenen Stätte gehörigen, in der L. Feldmark im preußischen Gebiet belegenen Grundstücke den Verlobten, gegen eine den

Geschwistern zu zahlende Abfindung eigenthümlich übertragen. Des antretenden Meiers Mutter, die Leibzüchterin Wittwe M. forderte nun alle jene übertragenen, im Gerichtsbezirke Höxter belegenen, Grundstücke beim dortigen Gericht von den Kindern und Erben der verstorbenen Annehmer deshalb zurück, weil die Abtretung derselben nicht in der gesetzlich erforderlichen Weise geschehen, die gerichtliche Verhandlung vom 3. September 1846 nämlich nicht, wie dies nach den Vorschriften der preußischen Gesetze habe geschehen müssen, von den Contrahenten mitunterschrieben sei.

Die Verklagten, welche die Abweisung der Klage und eventuell eine Erstattung von Gegenleistungen beantragten, bezogen sich unter Anderem auch darauf, daß der gedachte Vertrag nach den im persönlichen Gerichtsstand der Parteien, nämlich im Fürstenthum Lippe, geltenden Gesetzen volle Gültigkeit als gerichtlicher Vertrag habe, da dort bekanntlich gerichtliche Verträge von den Contrahenten nicht mitunterschrieben würden, daß dieser Vertrag also wenigstens einen Antrag auf Erfüllung rechtfertige, und daß die Verklagten deshalb bereits beim persönlichen Richter der Parteien Klage gegen die jetzige Klägerin auf Anerkennung der am 3. September 1846 erfolgten Uebertragung der fraglichen Grundstücke an den Vater der Verklagten, vermittelst einer von der Klägerin mit zu unterzeichnenden und vor einem preußischen Notar oder Richter in Betreff der Unterschrift zu recognoscirenden Verhandlung, erhoben hätten.

Obwohl die Klägerin die Anhängigkeit dieses Processes einräumte, erkannte dennoch das Kreisgericht zu Höxter die Verklagten zur Zurückgabe der streitigen Grundstücke schuldig.

Die bei Strafe der Nichtigkeit erforderliche Form des Vertrages (§. 109. Thl. I. Tit. 5. A. L. R.) — wurde ausgeführt — bestimme sich bei den unbeweglichen Sachen,

zufolge §. 115. a. a. O., nach den Gesetzen des Orts, wo die Sache liege. Der fragliche Vertrag, soweit er preußische Grundstücke zum Gegenstande habe, sei daher nichtig, weil hier wenigstens ein schriftlicher Vertrag erforderlich gewesen sei, und sowohl schriftliche als gerichtliche Verträge erst durch die Unterschrift, die hier fehle, ihre Gültigkeit erhielten. §§. 116. 131. 135. a. a. O. §. 45. Thl. II. Tit. 2. A. G. O. Eine Folge dieser Nichtigkeit des Vertrages sei die, daß daraus der Anspruch auf Errichtung eines gültigen Vertrages ebenfalls nicht hergeleitet werden könne.

Auf die Appellation der Verklagten änderte das Appellations-Gericht zu Paderborn am 8. Februar 1856 das erste Urtel dahin ab: daß es die Klägerin mit ihrer Klage zur Zeit abwies. Dasselbe nahm zwar auch an, daß wegen Mangels der Unterschrift der Vertrag, so weit er die diesseitigen Grundstücke betreffe, in der Art ungültig sei, daß die Verklagten, als bloße Inhaber der Grundstücke nach A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §§. 231—233. dieselben an die Klägerin herauszugeben haben würden. Da aber der Act vom 3. September 1846 den, durch die Lippe'schen Gesetze für gerichtliche Verträge vorgeschriebenen Förmlichkeiten entspreche, den Verklagten also, nach dortigen Gesetzen, wenn gleich kein Eigenthum, so doch wenigstens der Klägerin gegenüber ein persönliches Recht auf die fraglichen Grundstücke, in der Art gebe, daß jener Act als Punctation in Betracht komme, auf deren Grund die Verklagten auf Vollziehung dieses Vertrages nach der Form der preußischen Gesetze Klage erheben könnten, zumal nach §. 124. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. bei Punctationen über ein ausländisches Grundstück der die Unterschrift beharrlich Weigernde sofort durch Execution dazu angehalten werden könne, da ferner die Verklagten jene Klage beim persönlichen Richter der

Klägerin bereits angebracht hätten und diese richtig angebrachte Klage präjudicieller Natur, darüber aber noch nicht erkannt sei, so rechtfertige sich hier die Abweisung der Klage zur Zeit.

Gegen dieses Urtel, bei welchem sich die Verklagten beruhigten, erhob die Klägerin die Revision; dasselbe wurde jedoch vom ersten Senat des Ober-Tribunals am 4. Juli 1856 bestätigt.

Gründe.

Im persönlichen Gerichtsstand der Parteien ist ein Proceß darüber anhängig: ob die Klägerin verpflichtet sei, den gerichtlichen Vertrag vom 3. September 1846 in der Art zu ergänzen, daß sie in einer von ihr mitzuunterzeichnenden Verhandlung die in jenem Vertrage geschehene Uebertragung der streitigen Grundstücke an den Vater der Verklagten anzuerkennen, auch diese Vertragsverhandlung demnächst vor einem preußischen Richter oder Notar in Betreff der Unterschrift zu recognosciren habe? Wenn diese Verpflichtung in jenem Proceß festgestellt werden sollte, so würde der Grund der Anfechtung jener Uebereignung in Betreff der im preußischen Lande belegenen fraglichen Grundstücke sich von selbst als unhaltbar darstellen. Es erscheint daher der Ausgang jenes Processes für den Klageanspruch jedenfalls als präjudiciell und denselben bedingend und es ist mithin schon aus diesem Grunde, der Klägerin gegenüber, wohl gerechtfertigt, daß sie der vorige Richter mit ihrer auf Herausgabe jener Grundstücke gerichteten Klage, welche lediglich auf den Mangel jener Form, deren Ergänzung in dem gedachten Proceß verlangt wird, gegründet worden ist, zur Zeit abgewiesen hat. Die Bestätigung des vorigen Urtels, bei dem sich die Verklagten beruhigt haben, mußte aber um so mehr erfolgen, weil der gerichtliche Vertrag vom

3. September 1846, als solcher, auch in Betreff der Uebertragung der im preußischen Gebiete belegenen Grundstücke für rechtsgültig zu erachten ist. Aus den Bestimmungen des §. 32. der Einleitung zum A. L. R. und des §. 115. Thl. I. Tit. 5. A. L. R., nach welchen in Ansehung des unbeweglichen Vermögens die Gesetze der Gerichtsbarkeit, unter welcher sich dasselbe befindet, gelten und in allen Fällen, wo unbewegliche Sachen Gegenstand eines Vertrages sind, wegen der Form die Gesetze des Orts, wo die Sache liegt, beobachtet werden müssen; sowie daraus, daß nach den diesseitigen Gesetzen es zur Uebereignung von Grundstücken mindestens der schriftlichen Form bedarf, schriftliche Verträge erst durch die Unterschrift Gültigkeit erlangen und auch gerichtliche Verträge von den Contrahenten mitvollzogen werden müssen (A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §§. 116. 135., Thl. I. Tit. 21. §§. 231—233.; A. G. O. Thl. I. Tit. 2. §§. 45 ff.), ist nämlich keinesweges die rechtliche Folgerung zu ziehen: daß es auch bei einem — hier vorliegenden — von Ausländern im Auslande, nach den dort geltenden Formen gerichtlich abgeschlossenen Contracte, zu dessen Gültigkeit in Betreff der im Preußischen belegenen Grundstücke und deren Uebereignung nothwendig der Mitvollziehung der Contrahenten bedürfe. Denn daraus, daß nach §. 116. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. schriftliche Verträge erst durch die Unterschrift ihre Gültigkeit erhalten, folgt überall nichts für die Form der gerichtlichen Verträge, zumal diese gerade deshalb geschlossen werden können, weil die Contrahenten oder einer derselben nicht im Stande ist, den Vertrag zu vollziehen, also einen eigentlichen schriftlichen Vertrag abzuschließen. Auch der §. 115. a. a. O. entscheidet die vorliegende Frage nicht. Denn wenn hiernach wegen der Form des Vertrages über Immobilien die Gesetze des Orts,

wo die Sache liegt, beobachtet werden müssen, so fragt es sich zunächst: welche Vertragsform ist denn nach den einheimischen Gesetzen, unter deren Herrschaft die fraglichen Grundstücke liegen, zur Uebertragung des Eigenthums der Grundstücke erforderlich? Nach der A. G. O. Thl. II. Tit. 1. §. 3. sollten dergleichen Verträge über das Eigenthum unbeweglichen Guts entweder vor irgend einem besetzten Gerichte, wenn es auch nicht das ordentliche Gericht der Sache wäre, oder vor einem Justiz-Commissar und Notar aufgenommen und vollzogen werden. In allen Fällen mußten aber die Parteien sich zu diesem Vertrage vor dem Richter der Sache nochmals bekennen. Diese mit der Hypotheken-Verfassung in Verbindung stehende Vorschrift wurde durch das Gesetz vom 23. April 1821 wegen Aufhebung der Verlautbarung in der Art geändert, daß solche Verträge wenn sie an sich mit rechtsbeständiger und verbindlicher Wirkung geschlossen wurden, fortan, sofern auch nur die Beglaubigung der Unterschriften unter selbigen vor einem inländischen Gerichte oder einem inländischen Notar erfolgt ist, weder einer nochmaligen Vollziehung, noch einer wiederholten Bekennung zu ihrem Inhalte vor dem Richter der Sache bedürfen sollen, um daraus das Gesuch um Eintragung zu begründen. Auch dieses Gesetz entscheidet die Sache nicht, es folgt daraus nur, daß die bloße Recognition der Unterschriften eines bloß schriftlich geschlossenen Vertrages vor einem ausländischen Gerichte und Notar nicht genügt, um das Eintragungsgesuch zu begründen. Daß nun aber ein Vertrag über das Eigenthum diesseitiger Immobilien vor einem ausländischen Gericht nicht rechtsverbindlich sollte geschlossen werden können, ist weder in diesem Gesetz, noch in jenem §. 3. Thl. II. Tit. 1. A. G. O. gesagt worden. Der gerichtliche Vertrag ist als solcher die

höhere Form, und es ist nirgends bestimmt worden, daß der gerichtliche Vertrag zu seiner Rechtsgültigkeit nothwendig einen vor einem inländischen Gericht geschlossenen Vertrag voraussetze. Kann aber ein solcher Vertrag mit rechtsverbindlicher Kraft auch vor einem ausländischen Gericht geschlossen werden — was doch, wenn man nicht alle Vertragsverhältnisse umstoßen will, füglich nicht bezweifelt werden kann — so folgt daraus auch von selbst, daß das ausländische Gericht bei dessen Abfassung nicht die diesseitigen Vorschriften, sondern seine eigenen zu beobachten hat. Die Gesetze des Orts der belegenen Sache verlangen zur Rechtsgültigkeit des Vertrages keinesweges einen inländischen gerichtlichen Vertrag oder mit anderen Worten, nicht eine in der Form inländischer gerichtlichen Verträge geschlossenen Vertrag. Dieses auffallende Ergebniß und Requisit würde aber aus der Annahme der vorigen Richter folgerichtig sich ergeben. Denn eben so wichtig, wie die Unterschrift, beziehungsweise die Bescheinigung der Handzeichen der Contrahenten, ist bei dem inländischen gerichtsordnungsmäßigen gerichtlichen Contracte auch die Qualification der instrumentirenden richterlichen Person, sie ist ein sehr wesentlicher Theil der gerichtlichen Form des Contracts; diese Form wäre aber, wenn man nicht bloß die Form des gerichtlichen Vertrages, sondern hierbei wieder die Beobachtung der Formen eines inländischen gerichtsordnungsmäßigen Vertrages für erforderlich halten wollte, nur bei einem preußischen Gericht anzutreffen. Hiernach ist der von den Lippeschen Unterthanen vor dem Lippeschen Gericht, unter Beobachtung der dort geltenden Vorschriften abgeschlossene Uebertragungs-Contract sowohl hinsichtlich der dortigen Stätte, als auch der nach dem Inhalte des Vertrages dazu gehörigen, im preußischen Gebiet belegenen Grundstücke, auch abgesehen

von dieser ihrer Pertinenz-Eigenschaft und von dem innern Zusammengange der Vertragsbestimmungen, jedenfalls für rechtsverbindlich in der Art zu erachten, daß der Antrag der Klägerin auf Herausgabe der also übereigneten Grundstücke durchaus unzulässig erscheint. Zu diesem Resultat gelangt man übrigens auch dann, wenn zur Umschreibung des Besitztitels im diesseitigen Hypothekenbuche die Nachholung der im Gesetz vom 23. April 1821 erwähnten Form, worauf die Klage der Verklagten im persönlichen Gerichtsstand der Parteien gerichtet ist, für nothwendig befunden wird.

№ 2.

Drohungen.

Ueber die rechtliche Natur und die Wirkung von Drohungen auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts, insbesondere eines von dem Mandatar zum Nachtheil seines Mandanten durch Drohungen erzwungenen Vertrages, und die Erforderniße eines den daraus entnommenen Einwand der Ungültigkeit beseitigenden Anerkenntnisses des Mandanten.

A. L. R. Thl. I. Tit. 4. §§. 43., 44., 28., 29., 20., 30—33., 36., 37., 42., 57., 58.
Thl. I. Tit. 3. §§. 26., 35., Tit. 5. §§. 186., 187., Tit. 13. §. 85.

Am 1. April 1848 ist zwischen dem Vorsteher und den Gemeinderäthen der Gemeinde A. und dem Rentmeister M., General- und Special-Mandatar der Freiherren v. H.,

als Eigenthümer der Güter B. und A., ein Vertrag abgeschlossen, in dem der Letztere, außer einer Reihe anderer, den Gemeinde-Eingesessenen zu A. von der Gutsherrschaft bewilligten Rechten, seine Mandanten im §. 7. des Vertrages verpflichtet, denselben auf ewige Zeiten das nöthige Brennholz aus den bei A. belegenen Forsten, gegen eine Geldentschädigung von 2 Thlr. 20 Sgr. für die Klafter, zu liefern.

Auf Grund des §. 7. des Vertrages hat die Gemeinde A. den Verklagten pro $18^{53}/_{54}$ ihren Brennbedarf auf 34½ Klafter angegeben und da Letztere die Erfüllung verweigerten, Klage erhoben mit dem Antrage:

die Verklagten zu verurtheilen, das von den Eingesessenen zu A. pro $18^{53}/_{54}$ bestellte Holz, in den dort belegenen v. H.'schen Forsten, sofort hauen und für den Preis von 2 Thlr. 20 Sgr. pro Klafter verabfolgen zu lassen.

Die Verklagten haben den Klageanspruch deshalb bestritten, weil sie den ganzen Vertrag für ungültig halten, da derselbe, wie sie unter Beweis stellten, erzwungen sei, insbesondere dadurch, daß am 28. und 29. März 1848 über 20 Mitglieder der Gemeinde A. auf das Gut B. gerückt seien, dort gewaltsamer Weise Forderungen gestellt und Nutzungen verlangt hätten, in dessen Folge am nämlichen Tage eine außergerichtliche Punktation zwischen der Gemeinde A. und dem Rentmeister M. geschlossen sei. Es sei zwar den Klägern bis 1853 ihr jährlicher Holzbedarf zu dem festgesetzten Preise gewährt, auch dieselben pro $18^{53}/_{54}$ zur Liquidation ihres Holzbedarfs aufgefordert worden, Verklagte hätten auch die übrigen Gewährungen des Vertrages bisher hingehen lassen. Aber alles Dieses, sowie auch ein von dem Mitverklagten August v. H. am 25. Mai 1848 an den Vorsteher der Gemeinde geschriebener

und recognoscirter Brief, sei unter dem Eindrucke der Furcht erfolgt, welche die ganze zweijährige Revolutionszeit geherrscht habe. Reconveniendo beantragten die Verklagten, auf die angeführten Einreden gestützt, die Annullirung des Vertrages.

Nach gesetzlicher Verhandlung der Sache erkannte das Kreisgericht zu Höxter am 19. September 1854 die Verklagten nach dem Klageantrage für schuldig, der Klägerin 34½ Klafter Holz zu gewähren, wies aber die Ersteren mit ihrer Widerklage ab. Auf die Appellation der Verklagten erkannte das Appellations-Gericht zu Paderborn am 19. April 1855 quoad conventionem abändernd, daß die Klägerin mit ihrer Klage in angebrachter Art abzuweisen, — daß aber, quoad reconventionem, das dieselbe abweisende erste Urtel zu bestätigen.

Auf die Nichtigkeits-Beschwerde der Verklagten vernichtete aber der zweite Senat des Ober-Tribunals durch das Erkenntniß vom 29. Mai 1856 das Appellations-Urtel quoad reconventionem und wies die Sache zur Aufnahme des von den Verklagten bereits in erster Instanz angetretenen Beweises ihrer Behauptung, daß der Vertrag vom 1. April 1848 von den Gemeinde-Eingesessenen zu A. gewaltsamer Weise und durch Drohungen gegen den Rentmeister M. erzwungen sei, und zur demnächstigen anderweiten Entscheidung in der Sache selbst, an das Gericht erster Instanz zurück.

Gründe.

Der Hauptentscheidungsgrund des Appellations-Richters ist aus den §§. 43. und 44. A. L. R. Thl. I. Tit. 4. entnommen. Er geht davon aus, daß die Einrede des Zwanges nicht so substantiirt sei, wie solches nach §§. 31. ff. a. a. O. nöthig gewesen, daß die von den Verklagten angeführten Thatsachen höchstens ergeben würden, daß die

drohende Gefahr die Willenserklärnng des Verwalters M. veranlaßt habe. Es komme also der §. 43. a. a. O. zur Anwendung, welcher bestimme, daß eine Willenserklärung dadurch noch nicht entkräftet werde, daß eine drohende Gefahr dazu bloß Anlaß gegeben hat. Nur in dem Falle würde die Furcht des M. erheblich sein, wenn er dadurch das Vermögen verloren hätte, mit Freiheit und Ueberlegung zu handeln, wo er alsdann einem Wahnsinnigen gleich geachtet werden müsse. Es wird dabei auf die §§. 44., 28., 29. a. a. O. Bezug genommen.

Die Beschwerde der Verklagten, daß durch diese Auffassung der citirten Gesetzesstellen und die §§. 32., 33., 36. A. L. R. Thl. I. Tit. 4. verletzt worden, ist völlig begründet. Die §§. 43. und 44. a. a. O. sind auf den vorliegenden Streit unter den Parteien nicht anwendbar. Um dieses in Evidenz zu stellen, muß darauf hingewiesen werden, daß die §§. 20—30. ebendaselbst über die persönliche Willensfähigkeit handeln und diejenigen persönlichen Zustände bezeichnen, welche ohne Einwirkung einer fremden schuldvollen Handlung eine rechtsgültige Willenserklärung gesetzlich unmöglich machen. Hierher gehören unter Anderm nach §§. 28. und 29. diejenigen Personen, welche durch Trunkenheit, Schrecken, Furcht, Zorn oder andere heftige Leidenschaft, des Gebrauchs ihrer Vernunft beraubt oder nicht mächtig sind; sie sollen den Wahnsinnigen (§. 23.) gleich geachtet werden, nämlich nach der Hinweisung auf den §. 20. ebendaselbst, den Kindern unter sieben Jahren.

Der §. 30. enthält nur die sich von selbst verstehende Beweisregel, daß Trunkenheit oder Leidenschaft in einem, die Vernunftthätigkeit vernichtenden Grade nicht vermuthet werden, mithin derjenige, welcher auf Grund eines solchen Zustandes die Richtigkeit einer Willenserklärung behauptet,

den Beweis des von ihm geltend gemachten Richtigkeitsgrundes führen muß.

Einen, von der Willensfähigkeit charakteristisch ganz verschiedenen Gegenstand, behandeln die §§. 31 ff. im vierten Titel, nämlich die Freiheit des Willens. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß alle die in diesem Titel enthaltenen Bestimmungen im Wesentlichen aus dem gemeinen Rechte entnommen sind, beziehungsweise Entscheidungen gemeinrechtlicher Controversen enthalten. Die §§. 31. und 32. erklären alle, durch physische Gewalt, Entziehung der Nahrung rc. oder durch Zufügung körperlicher Schmerzen erzwungene Willenserklärungen für unverbindlich. Der §. 33. sanctionirt dasselbe Princip bei den durch psychische Einwirkung (gefährliche Bedrohung des Lebens und der Gesundheit) bewirkten Willensäußerungen, in Uebereinstimmung mit dem Begriffe, welchen die L. 1. D. quod metus causa von der, die Willenserklärung vernichtenden Furcht, dahin aufstellt: metus est instantis vel futuri periculi causa, mentis trepidatio. Also erfordert weder das Allgem. Landrecht, noch das römische Recht, zur Feststellung des Zwanges, eine gegenwärtige Gefahr, ein unmittelbares Eintreten des Uebels (periculum instans), wie sie die §§. 31. und 32. A. L. R. Thl. I. Tit. 4. charakterisiren.

Schon die Meinung des Bedrohten, daß die Ausführung der Drohung in der Gewalt des Drohenden stehe, ja selbst die Drohung, Jemand eines Verbrechens wegen, mit oder ohne Grund anklagen zu wollen, genügt zur Vernichtung des Rechtseffects der Willenserklärung (§§. 34. u. 35.), und bei Bestimmung des Einflusses der Drohung ist zugleich auf die körperliche und Gemüthsbeschaffenheit des Bedrohten Rücksicht zu nehmen. (§. 37.) Bestimmungen, welche, wie die Commentatoren der Pandecten zu Lib. 4. Tit. 2. D.

quod metus Voet, Huber, Leyser, Donellus, Glück und Hofacker, princ. juris Civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 207. ergeben, dem gemeinen Rechte entlehnt sind. Selbstverständlich unter den, in den §§. 38—41. A. L. R. Thl. I. Tit. 4. hervorgehobenen, die ungerechte Drohung bedingenden Voraussetzungen. (Von dem §. 36. wird später die Rede sein.)

Der hier nachfolgende §. 42. entscheidet eine Controverse des gemeinen Rechts über die Frage, ob ein, von einem Dritten verübter Zwang, dem Erklärenden (Promittenten) berechtige, wider den Promissar auf Vernichtung der erzwungenen Willenserklärung anzutragen. Eine Frage, über welche, weil die actio quod metus causa vorherrschend rescissorischer Natur, deshalb Bedenken erhoben waren, weil die Auflösung oder Nichtigkeits-Erklärung eines Vertrages wegen erlittenen Zwanges gegen den, bei Verübung desselben unbetheiligten, Promissar nicht statthaft sei. Diese und andere, bei dieser Frage hervorgetretenen Controversen (cfr. Glück, Pandekten Bd. 4. S. 179 ff.) entscheidet der §. 42. a. a. O. dahin, daß auch in dem obengedachten Falle eines, von einem Dritten verübten, Zwanges die Willenserklärung ungültig sei. Unzweifelhaft in der sehr begründeten, wenn auch factisch und in concreto schwer zu erweisenden Voraussetzung, daß in solchem Falle für die intellectuelle Autorschaft dessen die Vermuthung streitet, in dessen Interesse der Zwang ausgeübt ist. Als durchgreifender Grundsatz aber bei Drohungen, welche nicht unmittelbar Leben, Gesundheit Freiheit oder Ehre betreffen, erscheint es nach §. 36:

daß alsdann die Willenserklärung nichtig, wenn dieselbe durch die, gegen den Erklärenden verübten Drohungen wirklich erzwungen ist,

wobei, wie sich aus dem Vorhergesagten ergiebt, die dem, Richter auferlegte vernünftige Beurtheilung des Causalzu-

sammenhanges zwischen dem physischen, resp. psychischen Zwange, und der darauf erfolgten Willenserklärung, lediglich nach den, in dem §. 36 ff. aufgestellten Criterien stattzufinden hat. Alle thatsächlichen Momente, welche die Ueberzeugung begründen, daß der Drohende die Absicht gehabt, den Bedrohten zu einer, Ersterem vortheilhaften Willenserklärung zu zwingen, und daß jene Drohungen entweder sofort, oder in ihrer, bis zum Momente der verpflichtenden Willenserklärung fortdauernden, Wirkung, den vom Drohenden beabsichtigten Erfolg herbeigeführt, fallen, insofern sie von den Parteien geltend gemacht sind, in das Gebiet dieser Beurtheilung, und insoweit von einer Partei behauptet wird, daß Aufruhrzustände zur Herbeiführung solcher rechtswidrigen Absicht mit Erfolg benutzt worden sind, um die Einwirkung der Drohung auf das Gemüth des Bedrohten zu verstärken, fällt deren Beurtheilung allerdings in die Pflicht und das Recht des Civilrichters, wie dieses sich aus dem Princip des §. 36. a. a. O. von selbst ergiebt.

Es könnte daher, da es sich hier von einem Falle handelt, welcher objectiv zur Categorie der im §. 36. characterisirten Drohungen gehört, kaum ein Zweifel über die Anwendbarkeit dieses Paragraphen Raum gewinnen, wenn der Appellations-Richter nicht der Meinung den Vorzug gegeben, einmal, daß die Einrede des Zwanges nicht derartig substantiirt worden, wie es die §§. 31 ff. ebendas. fordern, sodann daß die angegebenen Drohungen höchstens als Veranlassung der Willenserklärung zu bezeichnen, weshalb der Appellations-Richter die §§. 43. und 44. zur Anwendung bringt. Aus dem Vorbemerkten ergiebt sich, daß, insoweit der Appellations-Richter die von den Verklagten vorgebrachte Einrede des Zwanges dem §. 31 ff. subsummirt und hiernach deren Substantiirung verneint, ihm eine Ver-

letzung dieser Paragraphen durch unrichtige Anwendung zur Last fällt. Der §. 31. und folgende handeln, wie dieses schon gezeigt worden, von Nöthigung des Willens durch physische Gewalt, Entziehung der Nahrung, Zufügung körperlicher Schmerzen ꝛc., gefährlichen Bedrohungen des Lebens, der Gesundheit, Freiheit und Ehre. Da der Appellations-Richter nicht festgestellt hat, daß die Verklagten ihre Einrede ꝛc. auf solche Bedrohungen gestützt haben, so fehlte es auch dafür, daß ihre Einrede, weil nicht den angegebenen Requisiten gemäß substantiirt, nicht zu berücksichtigen, an gesetzlicher Berechtigung. Aber auch die §§. 43. und 44. sind auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Es ist schon nachgewiesen worden, wie das Allgem. Landrecht von den individuellen Bedingungen der Willensfähigkeit (§. 20 ff.) zu den Hindernissen übergeht, welche bei vorhandener Willensfähigkeit für die Freiheit des Willens in einzelnen Aeußerungen desselben dadurch entstehen, daß dieselben, durch Gewalt oder Drohungen gegen den Erklärenden geübt, erzwungen worden, und wie der §. 42. den Kreis der Rechtsbestimmungen, welcher nach gemeinem Rechte die actio und exceptio quod metus causa involvirt, mit der Bestimmung schließt, daß auch der von einem Dritten geübte Zwang, die Willenserklärung wegen mangelnder Willensfreiheit annullire. Durch eine leicht erklärbare, wenngleich juristisch nicht genügend motivirte Ideenverbindung, kehrt das A. L. R. im §. 43. in gewohnter specialisirender Exemplification zu dem Gedanken zurück, dem bereits in den §§. 20—30. eine genügende principielle Entwickelung zu Theil geworden war, indem daselbst von den durch die §§. 33—42. vorgesehenen Drohungen durch fremde, unrechtmäßige, sei es von Seiten und zum Vortheil des Promissars, oder eines Dritten geübte Gewalt, zu drohenden G e f a h r e n übergegangen wird,

welche, ohne daß sie einer fremden Einwirkung, Schuld oder Absicht beizumessen, oder aus der Anwendung unrechtmäßiger Gewalt entstanden, geeignet sind, einen, die freie Ueberlegung gänzlich ausschließenden Grad der Furcht zu erzeugen.

Für die Entscheidung der Frage, ob eine Willenserklärung, zu welcher bloß eine drohende Gefahr Anlaß gegeben und unter welchen Bedingungen dieselbe gültig sei oder nicht? enthielten schon die §§. 28—30. a. a. O. grundsätzliche Bestimmungen. Es handelt sich nun auch in den Fällen der §§. 43 und 44. von nichts Anderem, als vom Einflusse eines, durch drohende Gefahr erregten Zustandes der Furcht, den der §. 29. schon gewürdigt hatte. Dort war legislativ bereits festgestellt, in welchem Grade der Affect oder Leidenschaft, namentlich die Furcht, die Willensfähigkeit aufhebt. Abgesehen von derjenigen Verantwortlichkeit, welche durch schuldvolle Erregung eines solchen Zustandes begründet wird, erscheint es völlig gleichgültig, ob diese Wirkung durch Zorn oder Furcht, und ebenso, durch welche äußere Einwirkungen und Anreize sie entstanden ist. Es ist indessen auch ein besonderer Grund nachzuweisen, welcher den Redactoren des Allg. Landrechts Veranlassung geben konnte, an den vorgedachten Stellen §§. 43 und 44. nochmals daran zu erinnern, daß in den Fällen, in welchen die Willenserklärung nicht durch unrechtmäßige Einwirkung von Seiten eines Drohenden erzwungen, sondern durch eine drohende Gefahr bloß veranlaßt worden, wo also von einem Zwange im gesetzlichen Sinne nicht die Rede sein kann, nur die Vorschriften zur Anwendung kommen sollen, welchen sie, wie schon gezeigt, dem Rechtsbegriffe nach angehören, nämlich die §§. 28. und 29. Jener besondere Grund für diese erinnernde Hinweisung, lag in dem Umstande, daß

es gemeinrechtlich keine Klage giebt zur Anfechtung von Willenserklärungen, welche durch drohende Gefahren der genannten Art veranlaßt worden sind. Die actio quod metus causa, wie wohl eine actio in rem scripta, ist ihrem Wesen nach eine persönliche, gegen den Zwingenden gerichtete. Die eigenthümliche Entwickelung dieser Klage durch das prätorische Recht hat zwar zur Folge gehabt, daß derjenige, der durch einen metus injustus aus dem Besitze von Sachen und Rechten gekommen, deren Wiedererlangung auch gegen jeden Besitzer verfolgen kann; allein selbst diese Klage war da nicht zu substantiiren, wo es an einem Drohenden oder Zwingenden, also an dem gesetzlichen Fundamente der Klage fehlte. Auch das römische Recht zieht zwar diese Fälle in den Bereich seiner Sanctionen, dasselbe erwähnt nämlich in L. 9. §. 1. in fine D. quod metus causa und L. 34. §. 1. de donat. der Fälle, in denen Krieg, Ueberfall vom Feinde oder Räubern und die Einwirkung solcher Bedrängnisse, Veranlassung zu Dispositionen gegeben. Die angeführten Gesetze versagen aber demjenigen, der durch solche Gefahren zu nachtheiligen Geschäften gedrängt worden ist, eine Klage, wenn nicht der Promissar den Promittenten selbst in die Gefahr, um zu jenen Geschäften Anlaß zu geben, versetzt hat. Auch die actio spolii des canonischen Rechts kann nur dann gegen den dritten Inhaber des abgezwungenen Rechts angestellt werden, wenn er um die geübte Gewalt wußte. (Mühlenbruch, Pandecten Bd. I. §. 134. Note 6.) Diesem trat hinzu, daß sich hieran auch über die Frage vielfache Controversen knüpften: ob und inwieweit durch, ohne fremde Schuld erregte Leidenschaften und Affecte, alle rechtliche Fähigkeit zu verbindlichen Willenserklärungen aufgehoben werden könne. (Mühlenbruch, Pand. Bd. I. §. 91.,

vergl. mit Glück Pand. Bd. 4. §. 288. und den dort angeführten Rechtsquellen.)

Das Allg. Landrecht hat diese Controversen zunächst im allgemeinem Princip durch den §. 29. a. a. O. gelöst, sodann aber völlig consequent, die Fälle der §§. 43. und 44. nicht den Bestimmungen über die actio quod metus causa §§. 31 — 42. sondern lediglich denjenigen subsummirt, unter die sie, bei gänzlicher Identität jenes Rechtsprincips, gehörten. Diese Erwägungen lassen darüber keinen Zweifel, daß der §. 43. und 44. nicht für den Fall gegeben ist, in welchem der Promissar selbst zu seinem eigenen Vortheil den Promittenten zu einer, demselben nachtheiligen Willensbestimmung gezwungen haben soll. Ja, daß eine solche Annahme einen unlösbaren Widerspruch zwischen dem §. 36. und 37. und dem §. 44. darstellen würde, wie denn auch der klarhervortretende charakteristische Unterschied der Fälle die verschiedenen gesetzlichen Vorschriften motivirt hat.

Nach L. 14. §. 13. D. quod metus causa, und in principieller Uebereinstimmung mit derselben nach §. 26. A. L. R. Thl. I. Tit. 3. ist bei demjenigen, welcher durch ungerechte Drohungen Andere nöthigt, ihr Recht seinem Vortheil zu opfern, neben der Verbotswidrigkeit der Handlung, der höchste Grad civilrechtlicher Verantwortlichkeit, nämlich böser Vorsatz vorhanden, an welchen die Gesetze (§. 35. A. L. R. Thl. I. Tit. 3. §§. 10. 16. 25. 79. 85. 94. Thl. I. Tit. 6.) sehr prägnant civilrechtliche Folgen, sowohl Verpflichtungen des Drohenden, als auch Rechte des Bedrohten knüpfen. Es ist einleuchtend, welche unlösbaren Antinomien sich daraus ergeben würden, wenn man, den angeführten gesetzlichen Bestimmungen gegenüber, die Verpflichtungen des Ersteren und die Rechte des Letzteren von dem Beweise abhängig machen wollte, daß er durch

Jenen in einen Zustand versetzt worden, in dem er dem Wahnsinnigen gleich zu achten, ebenso welcher, durch die vorstehend citirten Gesetze und den §. 36. A. L. R. Thl. I. Tit. 4. getragene unvereinbare Gegensatz in den Fällen zu Tage tritt, in welchen die Willensäußerung nicht durch eine unerlaubte, auf einen rechtswidrigen Effect gerichtete Handlung bewirkt („wirklich erzwungen ist," wie sich der §. 36. a. a. O. ausdrückt), sondern nur durch eine, dem Promittenten ohne Einwirkung des Promissars drohende Gefahr bloß veranlaßt worden ist. Es ist schon gezeigt worden, daß in diesen Fällen auch ohne die Vorschriften der §§. 43. und 44. in einfacher logischer Ordnung die, in den §§. 28. und 29. sanctionirten Rechtsgrundsätze zur Anwendung zu bringen wären, und die §§. 43. und 44. a. a. O. dieses bestätigend keine andere Bedeutung haben, als vor einer Verwechselung zweier ganz verschiedener Rechtsbeziehungen zu warnen, zugleich die Anwendung der §§. 28. und 29. erfolgten Entscheidung der bereits angedeuteten Controverse des gemeinen Rechts, auch für die Fälle der §§. 43. und 44. außer Zweifel zu stellen, da, wenn Kriegsgefahr, Seuchen uud andere Naturereignisse und Unglücksfälle, welche oft ganze Landestheile oder kleinere Lebenskreise bedrohen, die durch deren Einwirkung auf Dispositionen und Verträge, ohne erweislichen unrechtmäßigen Einfluß der dadurch Begünstigten hervorgerufenen Rechtsfragen, vielfach das Bedürfniß einer speciellen gesetzlichen Norm für dieselben angeregt haben, wie dies schon die oben angeführten Pandectenstellen kund gegeben.

Ist solchemnach die Nichtigkeits-Beschwerde begründet, so wird das Appellations-Urtel auch nicht durch den ferneren Entscheidungsgrund aufrecht erhalten, daß der Vertrag von den Verklagten mehrfach ratihabirt worden. Denn so-

viel die aus dem Umstande, daß die Verklagten den Klägern das Holz 5 Jahr hindurch für den Preis von 2 Thlr. 20 Sgr. pro Klafter überlassen haben, gezogene Folgerung betrifft, so sind diese Leistungen als Handlungen, aus denen mit Zuverlässigkeit geschlossen werden kann, daß sie den Vertrag vom 1. April 1848 als rechtsgültig anerkennen, nicht zu qualificiren. Es ist vom Appellations-Richter nicht festgestellt, daß der Preis des Holzes in den gedachten Jahren den Betrag von 2 Thlr. 20 Sgr. pro Klafter überstiegen habe; wäre dieses aber auch der Fall, so folgt aus der Ueberlassung des Holzes gegen einen geringeren, als den gewöhnlichen Preis, nicht die Anerkennung der Verpflichtung dasselbe „zu ewigen Zeiten" für diesen Preis zu liefern. War der Vertrag wegen rechtswidrig erzwungener Willenserklärung nichtig, dann erscheint mithin die vom Appellations-Richter aus jenen Handlungen gezogene Folgerung als eine, von der Imploration ebenfalls gerügte Verletzung der §§. 57. 58. A. L. R. Thl. I. Tit. 4. Auch das aus einem Briefe des August v. H. vom 25. Mai 1848 gefolgerte Anerkenntniß des Vertrages vom 1. April 1848 ist gesetzlich nicht gerechtfertigt. Der §. 186. A. L. R. Thl. I. Tit. 5. bestimmt zwar:

> Durch das Anerkenntniß eines, seiner Form nach rechtsbeständigen Vertrages werden diejenigen Einwendungen gehoben, welche sich auf den Mangel einer freien oder ernstlichen Einwilligung beziehen.

Allein der §. 187. ebend. bedingt diese Rechtsfolge ausdrücklich dadurch, daß das Anerkenntniß zu einer Zeit erfolgt sei, wo das bei der ersten Schließung des Vertrages entgegengestandene Hinderniß gehoben war.

Die Verklagten bestreiten, wie auch vom Appellations-Richter festgestellt worden, entschieden das Vorhandensein

jener Bedingung zu der Zeit, in welcher der erwähnte Brief geschrieben ist. Es ist dagegen vom Appellations-Richter nicht festgestellt, daß in dem angegebenen Zeitpunkte jenes Hinderniß gehoben sei; auch spricht dafür weder der Inhalt des Briefes, noch die Notorietät. Das Dasein der in dem §. 187. prädicirten Bedingung der Rechtsgültigkeit des Anerkenntnisses mußte von den Klägern — die ursprüngliche Richtigkeit des Vertrages vorausgesetzt — erwiesen werden. Den Verklagten, welche diese Rechtsgültigkeit verneinten, lag in diesem Bezuge weder eine weitere Substantiirung, noch eine Beweislast ob. Wenn daher der Appellations-Richter sagt, daß die Behauptung der Letzteren, daß dieser Brief unter dem Eindrucke der Furcht geschrieben, nicht substantiirt sei, und er deshalb die Anwendung des §. 186. a. a. O. für unbedenklich erachtet, so fällt ihm auch die, von dem Imploranten gerügte Anwendung des §. 186. zur Last. Nicht minder begründet ist der Vorwurf einer Verletzung des §. 85. A. L. R. Thl. I. Tit. 13. Dieser bestimmt:

> Was der Bevollmächtigte zufolge des erhaltenen Auftrags mit einem Dritten verhandelt, verpflichtet den Machtgeber ebenso, als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen sei.

Der Appellations-Richter stellt nicht fest, weder, daß der fragliche Brief des August v. H. auf Grund oder zufolge des von C. v. H. erhaltenen Auftrages, noch daß er zugleich im Namen desselben geschrieben sei. Der Inhalt des Briefes ergiebt vielmehr, daß derselbe einer rein persönlichen Beziehung seine Entstehung verdankt. Es ist auch nur seine persönliche Ansicht, die A. v. H. neben der Auslegung einer Bestimmung des Vertrages, sowie seine persönliche Gesinnungs- und Handlungsweise, die er zur Abwendung einer ihm hinterbrachten, ungünstigen Stimmung der Eingesessenen zu A. geltend zu machen sucht. Der Appellations-Richter

legt zwar Gewicht darauf, daß die Aeußerungen in jenem Briefe in Bezug auf die Sache selbst geschehen seien, allein der Inhalt des §. 85. a. a. O. ergiebt deutlich, daß dieser Umstand nicht genügt, um jene, in einem Privatbriefe, ohne alle An- und Hindeutung auf ein Mandatsverhältniß enthaltenen, vielmehr nur persönliche Gesinnungen und Absichten des Schreibers ohne jegliche, obligatorische Form ausdrückende, Aeußerungen, selbst wenn sie einen Gegenstand des Vertrages vom 1. April 1848 berühren, als einen, den Mandanten, der klagenden Gemeinde gegenüber, verbindenden Act zu charakterisiren.

So viel nun die Sache selbst anlangt, so resultirt aus den vorstehenden Erwägungen, daß der von den Verklagten vorgebrachte Einwand der Nichtigkeit des Vertrages und der damit verbundene Reconventions-Antrag auf Annullirung desselben nur nach der Vorschrift der §§. 36. und 37. A. L. R. Thl. I. Tit. 4. zu beurtheilen ist. Nach den Angaben der Verklagten sind am 28. und 29. März 1848 über 20 Eingesessene zu A. auf das Gut B. gerückt und haben dort in gewaltsamer Weise und durch Drohungen gegen den Rentmeister M., als Mandatar und Verwalter der Verklagten, eine Reihe von unberechtigten Forderungen geltend gemacht, welche Gewährungen der Gutsherrschaft an die Gemeinde A. zum Gegenstande hatten, in Folge dessen am 29. März zwischen dieser und dem Rentmeister eine außergerichtliche Punktation zu Stande gekommen, durch welche der größte Theil jener Forderungen gewährt worden sei. Diese am 1. April 1848 in Form eines notariellen Vertrages redigirte Punktation sei durch das geschilderte drohende und gewaltsame Auftreten der Gemeinde-Eingesessenen zu A. erzwungen und ebenso wie der daraus hervorgegangene Vertrag vom 1. April nichtig.

Wird der Beweis geführt, daß die Punktation vom 29. März durch rechtswidrige Drohung erzwungen ist, so wird dadurch das Wesen und der materielle Inhalt des Vertrages vom 1. April, als das Product jener Punktation, dergestalt afficirt, daß der Behauptung der Verklagten, daß die notarielle Aufnahme desselben unter dem fortwährenden Eindruck der Furcht stattgefunden, sowohl der innere Causal-Zusammenhang der in beiden Verhandlungen erklärten Willensäußerungen, als auch die Evidenz der Thatsachen zur Seite steht, dergestalt, daß in Uebereinstimmung mit dem, im §. 187. A. L. R. ausgesprochenen Princip und mit Hinweisung auf das über diesen Paragraphen bereits Erörterte, die Einrede des Zwanges nur durch den von den Klägern zu führenden Gegenbeweis entkräftet werden konnte, daß der Rentmeister M. ohne Besorgniß, den ihn am 29. März zur Einwilligung nöthigenden Drohungen zu verfallen, am 1. April mit gesetzlicher Willensfreiheit seine Einwilligung zurücknehmen und die Zustimmung zum Vertrage verweigern konnte. Ob die Drohungen dem Rentmeister M. einen eigenen persönlichen Nachtheil, oder einen Vermögens-Nachtheil für seine Machtgeber befürchten ließen, ist ohne Einfluß auf die Beurtheilung. Der §. 36. a. a. O. umfaßt gerade die Vermögens-Nachtheile, und hierbei macht das Gesetz keinen Unterschied zwischen den Fällen, in welchen die Drohung gegen den Eigenthümer oder den Verwalter und Mandatar geübt wird. Auch in der Natur der Sache und des Rechtsverhältnisses ist ein solcher Unterschied nicht begründet. Der redliche gewissenhafte Verwalter muß die Sache seines Machtgebers, wie seine eigene, gegen drohende Nachtheile zu sichern suchen, sich also auch bestimmt finden, der Gewalt einen kleinen Theil zu opfern, um den größeren zu retten. Die Voraussetzung, als ob eine, nicht ihm, sondern nur

dem Vermögen seines Machtgebers drohende Gefahr nicht berechtige, derselben eine zwingend auf den Willen des Verwalters und Mandatars einwirkende Kraft beizumessen, entbehrt daher um so mehr jeglicher Begründung, als deren factische Basis noch nicht einmal ermittelt ist.

№ 3.

Vom Beweggrunde der Willenserklärungen.

Ist die Ersichtlichkeit des Beweggrundes einer Willenserklärung bei Abgabe derselben nothwendig, wenn diese wegen eines Irrthums in dem Beweggrunde soll angefochten werden können?

A. L. R. Thl. I. Tit. 4. §§. 145 ff.

Der Hoflieferant S. zu B. verkaufte dem Stadtgerichts-Rath N. N. mittelst Vertrages vom 5. November 1853 sein daselbst belegenes Grundstück. Dieser Vertrag ging jedoch demnächst zurück und der Verkäufer verpflichtete sich durch einen Revers vom 30. November 1853, — worin er bekannte, daß die Aufhebung des Vertrages auf sein Verlangen erfolgt sei — dem W. als Aequivalent dafür die Summe von 1000 Thlr. zu zahlen. Wegen Gewährung dieser 1000 Thlr. von dem Letzteren in gerichtlichen Anspruch genommen, setzte er demselben namentlich folgenden Einwand entgegen: Der Kläger habe ihn unaufgefordert seiner Verbindlichkeit aus dem geschlossenen Kaufgeschäfte entlassen und ihm dabei die Versicherung gegeben, daß der Fiskus bereit sei, 5000 Thlr. mehr für das Grundstück zu zahlen.

Diese an sich unrichtige Mittheilung habe ihn so sehr erfreut, daß er dem Kläger um ihm seine Erkenntlichkeit zu beweisen, 1000 Thlr. angeboten, und er habe denn auch demnächst den ihm von demselben dictirten Revers vom 30. November 1853 ausgestellt, sei aber, weil ihn ein irriger Beweggrund dazu bestimmt habe, an das darin enthaltene Versprechen nicht gebunden.

Durch das Erkenntniß des Stadtgerichts zu Berlin vom 10. März 1855 wurde er jedoch zur Zahlung der geforderten 1000 Thlr. verurtheilt. Das Kammergericht änderte, auf die von ihm eingelegte Appellation, diese Entscheidung mittelst Erkenntnisses vom 23. November 1855 nur dahin ab, daß es seine Verurtheilung von der Ableistung des dem Kläger in zweiter Instanz noch darüber deferirten Eides abhängig machte:

> daß schon vor der Ausstellung des Reverses vom 30. November 1853 und ehe Verklagter sich zur Zahlung der 1000 Thlr. bereit erklärt, die Aufhebung des zwischen den Parteien errichteten Kaufgeschäfts vereinbart worden,

und die hiergegen von dem Verklagten erhobene Nichtigkeits-Beschwerde wurde von dem vierten Senate des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 10. Juli 1856 verworfen.

Gründe.

Der vorige Richter verwirft den Einwand des Verklagten, daß er von dem Kläger getäuscht und durch diese Täuschung zur Ausstellung des Reverses vom 30. November 1853, sowie zu dem erwähnten Zahlungs-Versprechen, verleitet worden sei, als nicht gehörig substantiirt. Nach der Behauptung des Verklagten solle die Mittheilung des Klägers, daß der Fiskus für das qu. Grundstück 5000 Thlr. mehr zu zahlen bereit sei, die Veranlassung und den Beweggrund zu jenem Versprechen abgegeben haben. Um

jedoch den §. 148. Tit. 4. Thl. I. des A. L. R. wider den Kläger in Anwendung bringen zu können, hätte nicht bloß die Unwahrheit jener Mittheilung, so wie der Umstand, daß Kläger davon unterrichtet war, dargethan, sondern es hätte auch zugleich nachgewiesen werden müssen, daß die demselben Schuld gegebene unwahre Aeußerung in der That der Beweggrund zur Uebernahme der in dem Reverse vom 30. November 1853 ausgedrückten Verpflichtung des Verklagten gewesen sei und hierüber seien von letzterem keine Beweismittel angegeben. Wenn aber Verklagter behaupte, daß er sich erst nach gänzlicher Beseitigung des früheren Kaufgeschäfts durch die erwähnte Mittheilung zur Ausstellung des Reverses aus Freigebigkeit veranlaßt gefunden, so könne auf einen hierbei vorgefallenen Irrthum im Beweggrunde, dem §. 150. a. a. O. zufolge, gar keine Rücksicht genommen werden. Denn in diesem Falle hätte der Beweggrund im Reverse selbst angeführt, oder er hätte mindestens bei der Ausstellung desselben bestimmt angegeben werden, sowie zugleich als die einzige Ursache der Willenserklärung des Verklagten erhellen müssen, der Revers enthalte hiervon aber nicht das Mindeste und Verklagter habe auch sonst ein darauf hindeutendes thatsächliches Moment nicht unter Beweis gestellt.

Implorant erklärt hierdurch die §§. 148. 150. Tit. 4. Thl. I. des A. L. R. für verletzt, indem der §. 148. von dem Irrenden nicht den Beweis verlange, daß der dolus des anderen Theiles die Ursache seiner Willenserklärung gewesen sei, während der §. 150. eben so wenig die schriftliche Angabe der Beweggründe erfordere. Diese Aufstellung läßt sich jedoch nicht für begründet erachten. Der §. 145. besagt:

Wird bei einer Erklärung eine gewisse Begebenheit oder Thatsache als eine solche, die entweder schon geschehen ist,

> oder noch geschehen soll, bloß vorausgesetzt, so ist sie nur als ein Bewegungsgrund anzusehen,

und nachdem in den §§. 146. und 147. bestimmt worden, daß der angeführte Beweggrund hauptsächlich nur zur Erklärung einer zweifelhaften Absicht diene, mithin, wenn die Absicht klar sei, die Willenserklärung durch die Unrichtigkeit des angeführten Beweggrundes nicht entkräftet werde, verordnet der §. 148., daß, wenn der Erklärende den falschen Beweggrund aus Irrthum für richtig angenommen, derjenige, der diesen Irrthum vorsätzlich veranlaßt hat, daraus keinen Vortheil ziehen könne. Der §. 149. fügt hinzu:

> Außer diesem Falle giebt bei Willenserklärungen, woraus gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, ein Irrthum im Bewegungsgrunde dem Irrenden niemals ein Recht, von seiner Erklärung wieder abzugehen,

und im §. 150. heißt es sodann weiter:

> hingegen sind Willenserklärungen, woraus nur der, zu dessen Gunsten sie geschehen, den Vortheil ziehen würde, unkräftig, sobald erhellt, daß der ausdrücklich angeführte Bewegungsgrund die einzige Ursache der Willenserklärung gewesen sei.

Der §. 148. setzt, wie sich bei seinem engen Zusammenhange mit den §§. 146., 147. nicht bezweifeln läßt, eben so wie diese, einen angeführten Beweggrund voraus und die in den §§. 148., 149., 150. vorgesehenen Fälle unterscheiden sich bloß in sofern von einander, als bei Willenserklärungen der im §. 150. beschriebenen Art der Irrthum des Erklärenden in dem Beweggrunde, wenn er nur zugleich als die einzige Ursache seiner Erklärung erhellt, allein schon hinreicht, dieselbe zu entkräften, während bei anderen Geschäften auf einen solchen Irrthum nur dann Rücksicht genommen werden darf, wenn der Erklärende durch den an-

deren Theil mit Vorsatz darin versetzt worden ist. Daß aber der Beweggrund in allen Fällen, der Regel nach, von dem Erklärenden vor oder bei der Abgabe seiner Erklärung angeführt oder ausgesprochen sein muß, wenn ein derglei- chen Irrthum überhaupt berücksichtigt werden soll, folgt aus der Natur der Sache, und die entgegengesetzte Ansicht des Imploranten erscheint nicht gerechtfertigt. Denn so gewiß nur ein ausgesprochener Wille für denjenigen, der ihn er- klärt hat, bindend werden kann, ist auch die einmal abge- gebene Willenserklärung nur insofern anfechtbar, als schon zur Zeit ihrer Abgabe das Element, woran die Anfechtung geknüpft werden soll, äußerlich erkennbar geworden ist.

Wenn die §§. 75 ff. Tit. 4. Thl. I. des A. L. R. bestimmen, daß die Willenserklärung durch einen Irrthum in dem Wesentlichen des Geschäfts, oder in dem Hauptgegen- stande, den sie betrifft, so wie beziehungsweise in der Per- son desjenigen, für den ein Recht daraus entstehen soll, oder in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Per- son oder der Sache entkräftet wird, so sind hiermit be- stimmte in der Willenserklärung selbst enthaltene Momente bezeichnet, worauf sich der Irrthum des Erklärenden be- ziehen muß, falls die Erklärung dadurch unwirksam werden soll, und es gilt dies nun zwar nicht in gleichem Maaße von dem Irrthum in gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaf- ten, der die Willenserklärung nach §§. 81., 82. gleichfalls entkräftet, sobald der Erklärende nicht durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen in denselben verfallen ist; dies kann jedoch die obige Regel nicht umstoßen, weil der Gesetzgeber ohne Zweifel davon ausgeht, daß dergleichen Eigenschaften, wenn auch von ihnen bei der Willenserklärung nicht die Rede gewesen ist, doch ihrer Natur wegen ganz eben so,

als ob ihrer ausdrücklich gedacht worden wäre, in Betracht kommen müssen.

Was aber den Beweggrund, sofern er außer jenen Momenten liegt, betrifft, so ist hierbei an sich zweierlei, und zwar der Umstand, wodurch der Wille des Erklärenden möglicher Weise bestimmt werden konnte, sowie der Einfluß, den derselbe auf die Willenserklärung des Letzteren wirklich gehabt hat, zu unterscheiden. Doch muß Beides zusammentreffen, wenn jener Umstand als der Beweggrund, wodurch die erfolgte Willensäußerung hervorgerufen worden, angesehen werden soll und es kann sich deshalb der Erklärende wenn nicht das Eine wie das Andere schon bei der Willenserklärung selbst in die äußere Erscheinung getreten war, keinen Falles hinterher mit Erfolg auf einen Irrthum, in den er durch den Anderen versetzt worden sei, berufen. Wenn der §. 84. ganz allgemein verordnet, daß derjenige, der einen Irrthum wissentlich oder vorsätzlich veranlaßt hat, niemals ein Recht daraus erwerben kann, so ergiebt das Wort: „daraus" klar, daß die Erklärung, welche nach der gedachten Bestimmung für den Erklärenden nicht verbindend sein soll, auch als wirkliche Folge des Irrthums, in dem er sich befunden hat, feststehen muß, und die Tragweite des §. 84. geht daher auch in ihrer Anwendung auf einen falschen Beweggrund nicht über die des §. 148., der einen angeführten Beweggrund voraussetzt, hinaus. Der Einfluß irgend eines Umstandes auf den Willen eines Menschen ist an sich etwas rein Innerliches. Er läßt sich daher, wenn die Gültigkeit der Willensäußerung danach abgemessen werden soll, nur in sofern, als er gleichzeitig ebenfalls nach Außen hin ersichtlich gemacht war, in Betracht ziehen, und es kann nun zwar in einzelnen gegebenen Fällen jene Ersichtlichkeit möglicher Weise auch dadurch hergestellt werden,

daß nach der ganzen Sachlage das von dem Erklärenden später geltend gemachte irrige Motiv mit Evidenz als der allein denkbare Beweggrund seiner Erklärung hervortritt; dadurch wird aber ebenso wenig die obige Regel ausgeschlossen, als es einen rechtsgrundsätzlichen Verstoß wider den §. 148. Tit. 4. Thl. I. des A. L. R. enthält, wenn der vorige Richter den von dem Verklagten erhobenen Einwand des Irrthums verwirft, weil er nicht als festgestellt ansieht, daß die erwähnte Mittheilung des Klägers den Beweggrund des von dem Verklagten abgegebene Zahlungsversprechens gebildet habe. Auch hat er, wenn man selbst annimmt, daß es nach §. 156. der schriftlichen Angabe des Beweggrundes nicht bedürfe, keinen Falles gegen die gedachte Bestimmung gefehlt, weil er eine dergleichen schriftliche Angabe nicht für wesentlich erforderlich erklärt.

Der weitere Inhalt der Urtheilsgründe interessirt hier nicht.

№ 4.

Vertrags-Anerbieten. Form für Ablehnung desselben.

Ob es für die Ablehnung des Antrags, einen Vertrag einzugehen, bei Gegenständen über funfzig Thaler, und wenn gleich der Antrag schriftlich geschehen war, der schriftlichen Form bedarf?

A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §. 134., Tit. 16. §. 378.

Der Gutspächter O. S. trug mittelst schriftlicher, von ihm unterschriebener Erklärung vom 17. Juli 1854 dem

Kaufmann F. 24 ihm gehörige Kuxe der Gallmei-Muthung M. für den Preis von 150 Thalern zum Kauf an, und stellte es hierbei dem F. anheim: „sich bis Ende des nächsten Monats über Annahme oder Verweigerung des Kaufs zu erklären." F. nahm den Kaufantrag am 21. August 1854 schriftlich an. O. S., der inzwischen die Kuxe anderweit verkauft hatte, verweigerte jedoch den Abschluß des Kaufvertrages, weshalb F. wider ihn auf gerichtliche oder notarielle Vollziehung desselben klagbar wurde. Hierzu wurde auch Verklagter durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Leuthen und des Appellations-Gerichts zu Ratibor verurtheilt und hierbei unter Anderm auch der Einwand des Verklagten:

> Kläger habe bereits Ende Juli oder Anfangs August 1854 zu dem Verklagten geäußert, daß er von der Kaufs-Offerte vom 17. Juli 1854 keinen Gebrauch machen wolle, und Verklagter die darin zum Kauf angebotenen Kuxe anderweit verkaufen könne,"

so wie der darüber dem Kläger angetragenen Eid für unerheblich erachtet.

Der Appellations-Richter nahm in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter an, daß eine Aeußerung, wie die behauptete, eine Entsagung des Rechts zur Acceptation enthalte, und als solche nach §. 134. Thl. I. Tit. 16. A. L. R und §. 378. Tit. 16. a. a. O. der schriftlichen Form bedurft habe

Auf die Nichtigkeits-Beschwerde des Verklagten ist jedoch diese Entscheidung von dem dritten Senate des Ober-Tribunals am 14. April 1856 vernichtet und die Entscheidung in der Sache selbst unter Abänderung des ersten Erkenntnisses von dem dem Kläger angetragenen und von demselben angenommenen Eide über jene Aeußerung abhängig gemacht worden. Das Ober-Tribunal erachtete die Verwer-

fung der obgedachten Einrede für rechtsverletzend und zwar aus folgenden

G r ü n d e n.

Nach den obgedachten Bestimmungen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Entsagungen bei Gegenständen, die mehr als 50 Thlr. betragen, zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form bedürfen. Der Appellations-Richter wendet aber diese Bestimmungen mit Unrecht auf das vorliegende Verhältniß an.

Entsagungen setzen nach der Auffassung unseres Landrechts im Tit. 16. Thl. I. und abgesehen von dem damit in einzelnen Lehren verknüpften Begriffe, ein vorhergegangenes obligatorisches Verhältniß voraus, aus welchem Rechte bereits erworben oder künftig zu erwerben sind. Ein solches obligatorisches Verhältniß liegt hier nicht vor. Durch das schriftliche Erbieten, welches der Eine dem Anderen über einen abzuschließenden Vertrag macht, wird zwischen Beiden noch kein obligatorisches Verhältniß begründet, aus welchem Rechte und Verbindlichkeiten entstehen; ein solches Verhältniß kommt vielmehr erst durch die rechtzeitige Annahme des Anerbietens zu Stande. (§§. 2. 4. 78 ff. Tit. 5. Thl. I. A. L. R.) Der Antragende darf zwar vor Ablauf der in dem Antrage oder gesetzlich bestimmten Frist nicht zurücktreten, und ist insofern gebunden. Dadurch wird indessen nur die Befugniß des Antragenden beschränkt, das Anerbieten w i l l k ü r l i c h zurücknehmen, und dem Anderen die im Interesse beider Theile gewährte Ueberlegungsfrist zu entziehen. Von einer willkürlichen Zurücknahme des Anerbietens kann aber nicht mehr die Rede sein, wenn der Andere erklärt, daß er auf den Antrag nicht eingehen wolle. Eine solche Erklärung ist eben deswegen auch keine Entsagung, sondern eine einseitige Willenserklärung, aus welcher

für den Erklärenden in keiner Beziehung eine ihn selbst verpflichtende oder den Antragenden von einer Verpflichtung befreiende Verbindlichkeit hervorgeht, und die daher nach der Ausführung in dem Plenarbeschlusse vom 1. März 1847 — Entscheid. Bd. 14. S. 33 ff. — nur in den Fällen der schriftlichen Form bedarf, in welchen die Gesetze es ausdrücklich vorschreiben. Dies ist aber für den vorliegenden Fall nicht geschehen.

Was hiernach aus der Natur des vorliegenden Verhältnisses folgt, wird auch durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Aufhebung der Verträge durch wechselseitige Einwilligung bestätigt. Danach ist, wenn der bereits geschlossene Vertrag noch von keiner Seite erfüllt worden, die beiderseitige mündliche Erklärung hinreichend, um den Vertrag wieder aufzuheben. (§§. 385. 386. Tit. 5. a. a. O.) Zwar soll die Cassation des über den Vertrag aufgenommenen schriftlichen Instruments hinzukommen (§. 387 ebend.); dies ist indeß nach der Ausführung in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 24. Juni 1850 (Entsch. Bd. 20. S. 93.) nicht erforderlich, wenn nur von einer Seite ein schriftliches Anerkenntniß des geschlossenen mündlichen Vertrags ausgestellt ist. Ein schriftlich gemachtes Anerbieten ist nun offenbar von bei weitem geringerer Bedeutung als das schriftliche Anerkenntniß eines bereits geschlossenen mündlichen Vertrages. Es muß daher das, was in Bezug auf ein solches Anerkenntniß auf Grund des bestehenden Rechts angenommen ist, um so mehr gelten, wenn es sich um Beseitigung eines bloßen Anerbietens handelt.

Der Appellations-Richter, der dies verkennt, hat sich deshalb einer unrichtigen und unpassenden Anwendung der Vorschriften §. 134. Tit. 5. und §§. 378 ff. Tit. 16.

Thl. I. A. L. R. schuldig gemacht, und dies reicht hin, seine Entscheidung zu vernichten.

№ 5.

Constitutum possessorium.

Erlangt durch einen Vertrag, vermöge dessen ein Colon von seinem ehemaligen Gutsherrn ein zu dem Colonat gehöriges, und daher durch die neuere Agrar-Gesetzgebung in das Eigenthum des Ersteren übergangenes Grundstück in Zeitpacht erhält und annimmt, der Verpächter den vollständigen usucapionsfähigen Besitz dieses Grundstückes?
A. L. R. Thl. I. Tit. 7. §§. 71. 73.

Die Eheleute K., Besitzer eines früher eigenbehörigen Kottens, hatten mit demselben schon seit geraumer Zeit zwei Grundstücke, den großen und kleinen Winkelkamp von dem Gutsherrn von B. gegen eine jährliche Pacht in Besitz und Benutzung erhalten und mit dem Letzteren im Jahre 1812 einen notariellen Vertrag abgeschlossen, wodurch ihnen jene Grundstücke in Verbindung mit einem anderen, dem sogenannten Heddingskamp, in Zeitpacht gegeben wurden. Im Jahre 1827 verzichteten die Pächter auf das durch den erstgenannten Vertrag erworbene Pachtrecht, und wurden die drei „Kämpe" dem Kötter F. K. gegen 75 Thlr. jährlichen Pachtzins in Zeitpacht gegeben. Nach Ablauf der Pachtjahre vereinbarten sich beide Contrahenten, die Pacht so lange fortbestehen zu lassen, bis die projectirte Culturveränderung

jener Grundstücke beendet sei. Nachdem diese stattgefunden, verweigerte der Pächter K. sowohl die Abschließung eines neuen Pachtvertrages als auch die Räumung der Grundstücke. Der Verpächter, Freiherr v. B., erhob daher Klage auf Räumung derselben.

Der Verklagte behauptete einredend das Eigenthum des großen und kleinen Winkelkamps, wogegen er gegen die verlangte Räumung des Heddingskamps keinen Einwand machte. Das Eigenthum der erstgedachten beiden Grundstücke stützte er auf die vom Kläger bestrittene Behauptung, daß dieselben seinen Besitzvorfahren als Pertinenzstücke des Kottens mitverliehen und mit diesem auf Grund des Großherzoglich-Bergischen Decrets vom 12. December 1808 in sein Eigenthum übergegangen.

Der Kläger replicirte, daß, selbst die Richtigkeit des von ihm bestrittenen Einwandes vorausgesetzt, er das Eigenthum jener beiden Kämpe, in deren Besitz er vermöge eines constituti possessorii im Jahre 1812 gelangt, und bis jetzt verblieben sei, durch Acquisitiv-Verjährung erworben habe.

Durch die Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Warendorf und des Appellations-Gerichts zu Münster vom 1. Februar, resp. 14. Juli 1855 wurde der Kläger mit seiner Klage abgewiesen. Letzteres erachtete den Beweis der Pertinenzqualität der streitigen Grundstücke für erbracht und die behauptete Acquisitiv-Verjährung für unbegründet. Auf die eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde des Klägers vernichtete der zweite Senat des Ober-Tribunals durch das Urtel vom 3. Juni 1856 das Appellations-Erkenntniß, und verurtheilte den Verklagten zur Räumung.

Gründe.

Der zweite selbstständige Entscheidungsgrund des Appellations-Richters ist mit Erfolg vom Imploranten ange-

fochten. Durch Vertrag vom 23. April 1812 wurden nämlich die beiden fraglichen Kämpe dem Vorbesitzer des Verklagten von dem Vater des Klägers in Zeitpacht gegeben und dieses Zeitpachtverhältniß erneuert durch den Zeitpachtvertrag von Michaelis 1827, hat bis in die neueste Zeit also über vierzig Jahre fortgedauert und ist sowohl durch die Erneuerung des Pachtvertrages als durch Zahlung der bedungenen jährlichen Pacht an den Kläger auch Seitens des Verklagten fortwährend bestätigt worden. Der Kläger entnimmt aus diesem Sachverhältniß die Rechtsfolge, daß er vermöge eines constituti possessorii im Jahre 1812 vollständiger Besitzer der fraglichen Kämpe geworden, und sich in diesem ungestörten Besitze durch den Verklagten, seinen Pächter, bis in die neueste Zeit erhalten, die Grundstücke also jedenfalls durch eine länger als dreißigjährige Verjährung erworben habe. Der Appellations-Richter hält jedoch diese Erwerbungsart für gesetzlich resp. rechtlich unstatthaft. Wenn demselben nun auch darin beizupflichten ist, daß das Pachten des eigenen Grundstücks nicht für einen Uebertrags-Titel des Eigenthums auf den Verpächter zu erachten, wie dies auch durch das vom Appellations-Richter in Bezug genommene Ober-Tribunals-Urtel (Entsch. Bd. 19. S. 358.) ausgesprochen worden, so kann ihm doch weder in der Rechtsauffassung beigestimmt werden, daß dadurch der Kläger resp. der Vater desselben nicht zum vollständigen Besitze der Winkelkämpe gelangt sei; noch darin daß dieselbe als Consequenz aus dem angeführten Präjudicat des Ober-Tribunals zu statuiren sei. Das aus dem rechtmäßigen und gültigen Titel erwachsende Recht und dasjenige, welches der nicht titulirte aber vollständige Besitz verleiht, sind juristisch scharf geschiedene Begriffe. Der Letztere begründet die Verjährungsfähigkeit des Besitzes, wes-

halb es unzweifelhaft, daß durch denselben nach einer Dauer von dreißig Jahren das besttitulirte Recht verloren geht. Auch ist es unrichtig, wenn der Appellations-Richter sagt, daß der §. 73. A. L. R. Thl. I. Tit. 7. voraussetze, daß es zur Begründung dieses Besitzrechts eines zur Erwerbung des Eigenthums geschickten Titels bedürfe. Der §. 73. a. a. O. enthält keine solche Voraussetzung, sondern nur die unumwundene und unzweideutige Bestimmung, daß der Pachtvertrag von dem bisherigen Eigenthümer mit einem Anderen geschlossen, die Einräumung des vollständigen Besitzes vertrete. Es sind dieses Rechtssätze, welche das Appellations-Gericht zu Münster auch in den Gründen seines Erkenntnisses vom 29. März 1855 in Sachen B. wider v. W. zur Geltung gebracht hat. In dem schon allegirten Ober-Tribunals-Urtel ist überdies die Frage ausdrücklich reservirt, ob, abgesehen von dem Eigenthums-Titel, durch eine solche Zeitpachtung, die Einräumung des vollständigen Besitzes durch constitutum possessorium bewirkt werde und in dem von dem Imploranten in Bezug genommenen Ober-Tribunals-Urtel vom 27. Juni 1854 (Archiv für Rechtsfälle Bd. 14. S. 96.) wird anerkannt, daß dadurch Besitzrechte des Verpächters und namentlich in Bezug auf die Verjährung begründet werden. Durch usucapionsfähigen nicht titulirten Besitz während der gesetzlichen Verjährungszeit von 30 Jahren, wird das Eigenthum erworben und dabei weder auf den Mangel eines Titels, noch auf den Umstand Gewicht gelegt, daß das die Besitznahme veranlassende Geschäft, zur Erwerbung des Eigenthums nicht geignet ist, sofern dadurch weder die Unredlichkeit des Besitzes dargethan, noch die nothwendige Eigenschaft desselben als eines vollständigen beeinträchtigt wird. Allerdings kann derjenige, welcher eine Sache nur pacht- oder leihweise

oder auf Grund eines Precariums besitzt, weil durch diese Titel der Mangel eines zur Erlangung des Eigenthums geschickten Besitzes documentirt wird, keinen Verjährungsbesitz anfangen und dieses ist der Sinn des §. 591. A. L. R. Thl. I. Tit. 9. in Verbindung mit §. 527. ebendas. Wollte man aus diesem Paragraphen folgern, daß neben dem Verjährungsbesitze der längsten Zeit, die Vollendung der Verjährung erst durch den Nachweis eines zum Eigenthums-Erwerb geschickten Titels zu erzielen sei, so würde dadurch ein flagranter Widerspruch wider die Bestimmungen der §§. 625 — 628. A. L. R. Thl. I. Tit. 9. hervortreten. Es waren daher die §§. 71. und 73. Thl. I. Tit. 7. allerdings auf das festgestellte Sachverhältniß anwendbar, und die Begründung des wegen Verletzung dieser Gesetzesstellen durch die Auffassung des Appellations-Richters erhobenen Angriffs ergiebt sich aus vorstehender Erörterung.

Soviel die Sache selbst anlangt, so ist schon der Vater des Klägers im Jahre 1812 in den vollständigen Besitz der streitigen Kämpe gelangt, indem bereits dem Vorbesitzer der Verklagten dieselben durch einen Zeitpachtvertrag von dem Vater des Klägers gegen eine bestimmte Pacht untergethan; ein gleicher Zeitpachtvertrag ist sodann im Jahre 1827 mit dem jetzigen Verklagten geschlossen und später verlängert worden. Es ist hiernach der Kläger seit dem Jahre 1812 durch ein constitutum possessorium in den usucapionsfähigen Besitz der streitigen Grundstücke gekommen, welche von diesem Zeitpunkte an die Verklagten und deren Vorbesitzer nur als unvollständige Besitzer für den Kläger in Gewahrsam hatten, es umfaßt der Besitz des Letzteren also einen Zeitraum von mehr als 40 Jahren, wodurch er nach §. 625. A. L. R. Thl. I. Tit. 9. das Eigenthum der streitigen Grundstücke erworben und folgeweise der Verklagte,

wenn dasselbe ihm auch als Pertinenz seines eigenbehörigen Kottens durch das Großherzoglich-Bergische Decret von 1808 zugefallen wäre, verloren hat.

№ 6.

1) Umfang der Befugnisse eines Testaments-Executors.

2) Ueber die Berechtigung des Notherben, die Subhastation eines Nachlaßgrundstücks, insbesondere in dem Falle, wenn der Testator zu Gunsten eines der Miterben über dasselbe verfügt hat, Theilungshalber zu begehren.

A. L. R. Thl. I. Tit. 12. §. 557 ff., Thl. II. Tit. 2. §§. 432—436. Thl. II. Tit. 18. §§. 569. 564. Anh. §. 164.

Die streitenden Parteien sind Brüder und in dem Testamente ihres Vaters, des am 28. Januar 1853 verstorbenen Oberamtmanns Gottlieb Ludwig N., nebst noch vier andern Kindern desselben, zu gleichen Rechten als Erben eingesetzt. Der Testator hat jedoch außerdem verschiedene Anordnungen getroffen, durch welche der Provocant, Heinrich N., sich beschwert fühlt und wodurch Streitigkeiten unter den Erben herbeigeführt worden sind. Er hat namentlich für drei der Kinder gewisse Summen, welche sie sich als baar erhalten anrechnen lassen sollen, festgesetzt, darunter für den Heinrich N. die Summe von 8000 Thlr. und hinzugefügt (im §. 3. des Testaments):

Sollte der Eine oder Andere von ihnen (nämlich von diesen drei Kindern) den Empfang dieser Mitgift bei der Erbtheilung ganz oder zum Theil bestreiten, so mindert sich der Betrag des Erbtheils des Bestreitenden auf den des Pflichttheils.

Im §. 4. hat er ferner es „als seinen Wunsch" ausgesprochen, daß die Theilung seines Nachlasses und die Veräußerung der dazu gehörigen Grundstücke, bis zur Großjährigkeit seines jüngsten Sohnes ausgesetzt bleiben, dieselbe jedoch auch vor diesem Zeitpunkte in dem Falle geschehen solle, wenn die von ihm bestellten Testaments-Executoren, sowie diejenigen seiner volljährigen Kinder, welche nicht Pächter jener Güter sein würden, und endlich die Vormundschaft seiner minderjährigen Kinder, übereinstimmend den früheren Verkauf einzelner oder aller Güter beschließen würden. Wenn dies aber nicht geschehe, so sollten die beiden jüngsten Söhne, sobald der letzte von ihnen großjährig sein würde, berechtigt, aber nicht verpflichtet sein, das Gut L. nebst der Niedermühle und der Philippsmühle für 150,000 Thlr. eigenthümlich zu erwerben.

Die von ihm bestellten und unter andern mit der Verwaltung des Nachlasses und der „Leitung der Theilung unter den Erben" beauftragten Testaments-Vollstrecker hatten sich veranlaßt gefunden, gegen den vorhin gedachten Heinrich N., welcher den Empfang jener Mitgift von 8000 Thlr. in Abrede stellte, zu klagen und auf Grund des §. 3. des Testaments die Realisirung des dort angedroheten Nachtheils gegen ihn zu beantragen, und es ist auch, da Heinrich N. gegen sich in contumaciam verfahren ließ, gegen ihn das rechtskräftige Erkenntniß ergangen: daß er bei der Theilung des Nachlasses als ein durch das väterliche Testament auf den Pflichttheil gesetzter Erbe anzusehen und zu behandeln

sei. Nunmehr stellte Heinrich N. gegen seine Geschwister und Miterben seiner Seits Klage an. Er bestritt in dieser wiederholt, eine Mitgift von 8000 Thlrn. empfangen zu haben, räumte nur den Empfang von 4300 Thlrn. ein, hielt sich deshalb nach der Bestimmung im §. 3. des väterlichen Testaments für einen nur auf den Pflichttheil Eingesetzten und als solchen für berechtigt, da er die Nachlaßregulirung in Antrag gebracht habe, die Subhastation der zum Nachlasse gehörigen Grundstücke, Behufs der Theilung zu verlangen. Da diese in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen, so erhob er eben so viele besondere Klagen.

In dem hier vorliegenden Prozesse handelte es sich um die oben erwähnten Mühlengrundstücke, und es ist, des Widerspruchs der Provocaten ungeachtet, in den beiden ersten Instanzen gleichlautend entschieden worden: „daß die Provocaten sich die Subhastation dieser Mühlengrundstücke gefallen zu lassen schuldig seien." Das erste Erkenntniß beruhete lediglich auf einer Auslegung der testamentarischen Disposition, welche darin keine bestimmte Willensäußerung, sondern nur einen Wunsch des Testators in Beziehung auf die Ueberlassung jener Nachlaßgrundstücke an seine beiden jüngsten Söhne fand, an welchen Wunsch dann kein Erbe gebunden sei. Das Appellations-Urtel verwarf diese Ansicht, eben so aber auch die Einwendungen der Verklagten gegen den erhobenen Anspruch, welche im Wesentlichen dahin gingen, daß der Kläger direct und mit gleichen Rechten, wie die Verklagten, zum Erben eingesetzt und die im §. 3. des Testamentes angedrohte Minderung seines Erbtheils „bis auf den Betrag des Pflichttheils" ihn nicht zu einem auf den Pflichttheil eingesetzten Erben mache, endlich auch er als solcher nicht zu dem Antrage auf Subhastation berechtigt sein würde. Der Appellations-

Richter erklärte hiergegen, daß, wenn der Kläger als Testaments-Erbe seines Vaters angesehen werden müßte, er dessen Disposition in allen Stücken anzuerkennen gehalten sein würde; er sei jedoch nicht Testaments-Erbe, sondern auf den Pflichttheil eingesetzt, für den Fall, daß er bei der Erbtheilung das Conferendum der 8000 Thlr. nicht anerkennen würde und dieser Fall sei eingetreten. Gleichgültig sei es, daß die Regulirung des väterlichen Nachlasses noch nicht bis zur wirklichen Erbtheilung gediehen sei, vielmehr noch über die Feststellung der einzelnen Erbtheile verhandelt und gestritten werde. In Folge dieses Streites sei Provocant von den Testaments-Executoren schon früher verklagt und durch das rechtskräftige Urtel vom 22. August 1854 schuldig erachtet worden anzuerkennen, daß er bei der Theilung des Nachlasses seines Vaters als ein durch dessen Testament auf den Pflichttheil eingesetzter Erbe anzusehen und zu behandeln sei. Dies Judicat müßten auch die Verklagten gegen sich gelten lassen, da die Testaments-Executoren statt ihrer gehandelt hätten und hierzu durch den §. 10. des Testaments berechtigt gewesen seien, indem dieselben dort vom Testator beauftragt worden „die Theilung des Nachlasses unter die Erben zu leiten", worin auch die Vollmacht liege: für die Ausmittelung der Höhe der einzelnen Erbtheile zu sorgen. Als Pflichttheils-Erbe sei Provocant an gar keine Bestimmung des Testaments gebunden, welche der sofortigen Feststellung und Auszahlung seines Erbtheils entgegenstehe, und er könne daher auch zu diesem Zwecke die Subhastation der Nachlaßgrundstücke verlangen.

Gegen diese Entscheidung legten die Verklagten eine Nichtigkeits-Beschwerde ein, und diese ist vom ersten Senate des Ober-Tribunals (wenn gleich nicht alle aufgestellte Beschwerdepunkte für gerechtfertigt erachtet wurden) für be-

gründet und durch dessen Urtel vom 23. Juni 1856 das Erkenntniß des Civil-Senats des Appellations-Gerichts zu Marienwerder, vom 24. September 1855, vernichtet und das am 8. Februar 1855 ergangene Urtel des Kreisgerichts zu Thorn dahin geändert worden:

daß der Kläger mit seinem Antrage, ihn für wohl befugt zu erachten, die Subhastation der Windmühle u. s. w. Theilungs halber zu verlangen, abzuweisen.

Gründe.

Mit Recht machen die Imploranten dem Appellations-Richter den Vorwurf, durch seine Ausführung über die rechtliche Wirksamkeit des zwischen den Testaments-Executoren und dem Heinr. R. ergangenen Judicats vom 22. August 1854 sowohl die Grundsätze über das Rechtsverhältniß eines Testaments-Executors, als über die res judicata verletzt zu haben. Der Testaments-Executor ist nach §. 557. Tit. 12. Thl. I. A. L. R. nur Bevollmächtigter des Erblassers, die letztwillige Verordnung gilt als seine Vollmacht und Instruction. Der vom Erblasser den Vollstreckern seines letzten Willens ertheilte Auftrag:

„die Theilung des Nachlasses unter die Erben zu leiten" hat denselben nur diejenigen formellen Befugnisse verleihen können, die in dem Begriffe der Leitung eines Geschäfts enthalten sind, wohin aber auf keine Weise irgend eine Entscheidung über materielle Rechte der Erben zu rechnen ist. So wenig die Testaments-Executoren durch die ihnen übertragene Leitung der Nachlaßtheilung das Recht erlangten, aus eigener Machtvollkommenheit die Höhe der Erbtheile der einzelnen Erben mit Verbindlichkeit für die Letzteren festzustellen, so wenig also der Provocant sich dabei zu beruhigen brauchte, wenn jene ihm 8000 Thlr. als Conferendum in Anrechnung bringen wollten, so wenig

binden die Verhandlungen, die sie hierüber, und über die daraus abgeleitete Folgerung, auf die Eigenschaft des Provocanten als eines Pflichttheils-Erben, mit demselben gepflogen und zur richterlichen Entscheidung gebracht haben, einen der anderen, hierbei nicht zugezogenen Miterben. Die Leitung jeder gerichtlichen Erbregulirung steht nach dem Gesetze dem Richter der Erbschaft zu, niemals aber wird es dem diese Leitung führenden Gerichte einfallen, solche materielle Entscheidungen im Wege dieser Leitung, also durch Decret, zu treffen, und mehr Befugnisse kann der Testaments-Executor keines Falls haben. Hat man in jenem Vorprocesse die Testaments-Executoren für legitimirt erachtet, wozu ohne Zweifel der Umstand geführt hat, daß Heinrich N. damals in contumaciam sich verurtheilen ließ, so ist das für die Imploranten etwas ganz Gleichgültiges, da sie dort nicht zugezogen worden sind und jenes rechtskräftig gewordene Contumacial-Urtel eben deshalb für sie nicht die Kraft eines Judicats hat.

Dieser Entscheidungsgrund des Appellations-Richters ist daher im Widerspruch mit unzweifelhaften Rechtsgrundsätzen. Indessen genügt dies doch noch nicht zur Vernichtung seines Urtels, weil, nach dem Zusammenhange der oben mitgetheilten Gründe desselben, die Eigenschaft des Provocanten als Pflichttheilserben, nicht bloß aus dem obengedachten Judicate vom 22. August 1854, sondern außerdem noch, und selbstständig, daraus hergeleitet worden ist, daß Provocant bei der eingeleiteten Erbtheilung, wie im vorliegenden Processe, das Conferendum von 8000 Thlr. bestritten und deshalb nach §. 3. des Testaments sein Erbtheil auf den Pflichttheil sich vermindert habe. Das Appellations-Erkenntniß sagt ausdrücklich: es genügten schon die Erklärungen des Klägers im vorliegenden Processe, um

ihn als Pflichttheils-Erben seines Vaters erscheinen zu lassen; und es knüpft daran, in weiterer Folge, dessen Berechtigung zu dem gestellten Antrage auf Subhastation der Nachlaßgrundstücke. Daher müssen die hiergegen gerichteten Angriffe der Imploranten geprüft werden.

Die Letzteren behaupten in dieser Beziehung: Der Provocant sei nicht als auf den Pflichttheil eingesetzt anzusehen, da er vielmehr zu gleichen Rechten mit seinen übrigen Geschwistern zum Erben eingesetzt sei, und sein Widerspruch gegen die Höhe seines Conferendi nach Inhalt der väterlichen Verfügung nur die Wirkung der Verminderung des Betrages seines Erbtheils auf den Betrag seines Pflichttheils haben solle. Das sei keine Einsetzung auf den Pflichttheil. Sie machen dem Appellations-Urtel den Vorwurf, mit Verletzung der §§. 401—402. Tit. 9. Thl. I. 398. 432—436. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. dem Provocanten, der auch gar nicht behaupte, im Pflichttheil verletzt zu sein, und der, selbst wenn dies der Fall wäre, doch nur Ergänzung des Pflichttheils fordern dürfte, das Recht beigelegt zu haben, die Erbschaft aus dem Testamente, in dem er doch mit dem vollem Erbtheil eingesetzt sei, auszuschlagen, und das gesetzliche Erbrecht, frei von aller Beschwerung in Anspruch zu nehmen, während er — vorbehaltlich der Ausmittelung und Verabfolgung seines Pflichttheils — alle Anordnungen des Vaters respectiren müsse. Zur Ausmittelung seines Pflichttheils sei er aber die Subhastation der Nachlaßgüter zu fordern, nach §. 164. des Anhanges zum A. L. R. nicht berechtigt, und am wenigsten die Subhastation derjenigen Güter, über welche der Testator zu Gunsten der beiden jüngsten Söhne besonders verfügt habe.

Nicht alle diese, gegen das Appellations-Urtel gerichteten Angriffe, bedürfen hier einer erschöpfenden Prüfung.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob die im §. 3. des Testaments des Ober-Amtmann R. enthaltene, oben wörtlich mitgetheilte Bestimmung: daß der Betrag des Erbtheils des, die Höhe der empfangenen Mitgift bestreitenden Kindes, sich auf den Betrag des Pflichttheils vermindern solle, — die vorangegangene unbedingte Erbeseinsetzung des Imploraten (zu gleichen Rechten mit seinen Geschwistern) für den eintretenden Fall in eine Einsetzung auf den Pflichttheil umgewandelt hat, ob also Implorat als ein auf den Pflichttheil, wenn auch nur unter einer, später eingetretenen Bedingung, eingesetzter Erbe anzusehen ist, oder ob, wie die Imploranten meinen, dadurch nur die Höhe des, dem Imploraten bei der Erbtheilung auszuwerfenden Betrages seines Erbtheils berührt wird. Die Worte, durch welche der Testator seinen Willen ausgedrückt hat, geben allerdings zu erkennen, daß eine solche Unterscheidung in seiner Absicht lag und er geglaubt haben mag, durch die getroffene Anordnung nur die ihm, nach §. 385 f. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. zustehende Befugniß zur Bestimmung der Höhe des Conferendi eines Kindes, auszuüben und ihre Befolgung durch den angedroheten Nachtheil besser zu sichern, ohne dadurch die geschehene Erbeseinsetzung auf den vollen Erbtheil, bedingungsweise in eine Einsetzung auf den Pflichttheil zu verwandeln. Es kann dies aber ebenso auf sich beruhen, wie die fernere Behauptung der Imploranten: daß Implorat, da er noch gar nicht behauptet, im Pflichttheil verletzt zu sein, und er ebensowenig Ergänzung des Pflichttheils gefordert, ja nicht einmal die bestimmte Erklärung abgegeben habe, daß er den Pflichttheil und nicht mehr als diesen, verlange, so daß zu besorgen sei, er könne künftig noch einen größeren Anspruch erheben, wenn es ihm erst gelungen sein werde, die Subhastation der Grundstücke

durchzusetzen, wenigstens zur Zeit abzuweisen gewesen sein würde. Es kommt auf alles dieses nicht an, da die fernere Behauptung der Imploranten durchgreift: daß der Implorat, auch wenn er als Pflichttheilserbe betrachtet wird, dennoch die Subhastation der Nachlaßgrundstücke nicht fordern darf, und die entgegengesetzte Entscheidung des Appellations-Richters gegen die, von den Imploranten als verletzt bezeichneten §§. 164. des Anhanges zum A. L. R., wie die §§. 432—436. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. verstößt.

Jener §. 164. verordnet (zu §. 574. Tit. 18. Thl. II.):

> Ob ein im Pflichttheil eingesetzter Erbe im Falle der Theilung auf Subhastation des Grundstücks anzutragen berechtigt sei, oder ob er zufrieden sein müsse, daß der Pflichttheil nach der Taxe ausgemittelt werde, muß darnach beurtheilt werden, ob der Pflichttheil auf eine gewisse Summe festgesetzt, oder derselbe ohne Bestimmung einer gewissen Summe verschrieben ist? Im ersteren Falle bedarf es nur der Taxe, im letzteren hingegen der Eintragung des Miteigenthums in das Hypothekenbuch und, im Falle der Theilung, der Subhastation, nach den näheren Vorschriften des Allgem. Landrechts.

Dieser Schlußsatz giebt zu erkennen, daß die ganze Bestimmung aus den Grundsätzen des Allgem. Landrechts abgeleitet ist, denen zufolge namentlich ein Erbe, welchem nur eine bestimmte Sache oder Summe im Testamente zum Erbtheile angewiesen worden, im Verhältnisse gegen die übrigen Erben als ein bloßer Legatar betrachtet wird; nach §. 263. Tit. 12. Thl. I. das. Es ergiebt aber auch das Rescript des vormaligen Justiz-Departements vom 13. October 1794, aus welchem der §. 164. Anh. entnommen ist (Rabe, Band II. S. 706.) deutlich, daß man nicht Neues hat bestimmen wollen, und es liefert zugleich den besten Aufschluß über

den wahren Sinn jenes §. 164. Dasselbe erging in einem Falle, wo ein Testator seine Wittwe zur Universal-Erbin, und seinen minderjährigen Sohn nur auf den Pflichttheil eingesetzt hatte, die Wittwe das vorhandene Nachlaßgrundstück für einen, dessen abgeschätzten Werth noch übersteigenden Preis annehmen wollte, das Vormundschaftsgericht aber das Bedenken hatte, ob es nicht auf Subhastation des Grundstücks bestehen müsse? und deshalb anfragte Das Rescript entschied nun: der Zweifel löse sich, wenn man nur zwei, von einander verschiedene, Fälle richtig unterscheide. Wenn ein Vater einem Kinde den Pflichttheil ohne Bestimmung eines gewissen Quanti, verschrieben habe, so sei der Pflichttheil eine Quota hereditatis, und das Miteigenthum des Nachlaßgrundstücks daher pro parte quota auf den Sohn übergegangen. Wenn daher der eingesetzte Haupterbe das Grundstück allein erwerben wolle, so sei dies ein Antrag auf Theilung, dem der Minderjährige zwar nicht widersprechen könne, der aber nur im Wege der gesetzlich nothwendigen Subhastation zur Ausführung gebracht werden dürfe; diese sei nothwendig, nicht um den wahren Werth auszumitteln, sondern um das Miteigenthum des Minderjährigen auf eine gültige Weise zu übertragen. Wenn dagegen der Pflichttheil auf ein gewisses Quantum festgesetzt worden, so sei das Eigenthum des Nachlasses, folglich auch des darin befindlichen Grundstücks, auf den eingesetzten Universal-Erben übergegangen, und dieser nur schuldig, dem Kinde das als Pflichttheil ausgesetzte Quantum herauszugeben. Falls aber behauptet werde, daß dieses weniger betrage, als der gesetzliche Pflichttheil, so komme es dann darauf an, den Werth des Grundstücks auszumitteln, und daß bloß zu diesem Zwecke die Subhastation des Grundstücks nothwendig sei, das verordne kein Gesetz, vielmehr

disponirten sowohl die bisherigen gemeinen Rechte, als auch das Allgem. Landrecht im Allgemeinen: daß der Werth einer Sache nach einer von Sachverständigen aufzunehmenden Taxe bestimmt werde.

Der §. 164. Anh. erschöpft hiernach eines Theils nicht ganz den Inhalt seiner Quelle, anderer Seits erstreckt er sich über den damals zur Entscheidung vorliegenden Fall hinaus. Allein er setzt doch, gleich dem Rescripte, nur das einfache Sachverhältniß voraus: daß der ernannte Haupterbe und der auf den Pflichttheil eingesetzte, sich über den Nachlaß, hinsichts dessen Vertheilung der Testator sonst nichts weiter verordnet hat, auseinandersetzen wollen. Es wird entschieden, daß hierzu nicht unter allen Umständen die Subhastation des zum Nachlasse gehörenden Grundstücks erforderlich sei, und insbesondere festgesetzt, daß der Notherbe dieselbe nur dann verlangen dürfe, wenn ihm eine Quote der Erbschaft beschieden sei. Inwiefern aber andere Bestimmungen des Erblassers, welche das Testament noch außerdem enthalten mag, auf diese Berechtigung des Notherben Einfluß üben können? darüber ist nichts gesagt. Es ist nur jene einzelne Frage, nach der Nothwendigkeit der Subhastation, in ihrer Allgemeinheit, beantwortet, und dies, so wie die gegebene Veranlassung zu der neuen Verordnung, hat selbst die Wahl der Stelle des Gesetzbuches, an welcher sie eingeschaltet worden ist, bestimmt, indem man den §. 164. Anh. in den Abschnitt des Vormundschaftsrechtes, in welchem von den Verfügungen über Grundstücke, an denen Minderjährige Theil haben, gehandelt wird, gesetzt hat, obgleich der Inhalt des Paragraphen der Minderjährigkeit gar nicht gedenkt. Das Vormundschaftsrecht selbst enthielt dort bereits Vorschriften, denen zufolge besondere Verordnungen eines Erblassers über das Eigenthum eines

Grundstücks, bei welchem Minderjährige mitbetheiligt, für verbindlich zu achten sind, indem es bestimmt Thl. II. Tit. 18.:

§. 569. Hat der Erblasser verordnet, daß das Grundstück einer gewissen Person für einen bestimmten Preis zugeschlagen werden soll, so bedarf es, wenn diese das Gut anzunehmen erbötig ist, weder einer Taxe noch Subhastation.

§. 570. Aeußert sich aber eine nicht offenbar ungegründete Besorgniß, daß unter einer solchen Verordnung eine Verkürzung der Pflegebefohlenen in einem ihnen zukommenden Pflichttheile verborgen liegen möchte, so muß mit Aufnehmung der Taxe verfahren werden.

§. 571. Bestätigt der Ausfall der Taxe diese Besorgniß, so muß der Begünstigte entweder so viel, als zur Ergänzung des Pflichttheils erforderlich ist, zu dem vom Erblasser bestimmten Preise zulegen, oder sich gefallen lassen, daß das Gut durch Subhastation, bei der ihm bloß, gleich Anderen, mitzubieten freisteht, dem Meistbietenden überlassen werde.

Hier ist, im §. 570., schon ausgedrückt, daß auch der Pflichttheils-Erbe sich die letztwillig geschehene Uebereignung des Nachlaßgrundstücks an einen Miterben gefallen lassen muß und er diese nicht durch den Antrag auf Subhastation vereiteln, sondern nur die Abschätzung des Grundstücks und Ausantwortung seines Pflichttheils, bei dessen Berechnung der abgeschätzte Werth des Grundstücks mit heranzuziehen ist, verlangen darf. Was der Minderjährige, in dessen Interesse sonst die Subhastation für die regelmäßige Form der Veräußerung von Grundeigenthum erklärt ist, als Pflichtheilsberechtigter dulden muß, wird zuverlässig auch dem Großjährigen zuzumuthen sein. Nun ist für den durch das Gesetzbuch schon entschiedenen Fall der §. 164. des Anhanges

offenbar nicht gegeben worden; er enthält keine Abänderung der §§. 569 ff. sondern betrifft lediglich die, aus der Geschichte seiner Entstehung sich ergebende Frage: wie es zu halten sei, wenn der Erblasser über die von ihm hinterlassenen Grundstücke keine besondere Bestimmung getroffen hat. Da nun für gegenwärtigen Rechtsstreit eine solche ausdrückliche Bestimmung des Vaters den Parteien gegeben ist, so folgt hieraus die Nichtanwendbarkeit des §. 164. Anh.

Dieser Ausspruch rechtfertigt sich noch weiter durch die Erwägung, daß der Inhalt sowohl der §§. 569 ff. a. a. O. als des §. 164. Anh. nur eine Folgerung aus den landrechtlichen Grundsätzen über das Recht des Notherben ist. Das A. L. R. gestattet dem Kinde, welches behauptet, in seinem Pflichttheile enterbt, verkürzt, oder sonst belastet zu sein, in den §§. 432. und 433. Tit. 2. Thl. II. nur die Klage auf Ergänzung des Pflichttheils, oder Aufhebung der beschwerenden Einschränkung. Zu jener Ergänzung sollen nach §. 434. die übrigen Erben, nach Verhältniß ihrer Antheile oder auch nur derjenige einzelne Erbe, welchem etwa der Erblasser das dem Beschwerten entzogene Eigenthum ausdrücklich beschieden hat, gemäß §. 435. beitragen und sodann bestimmt §. 436.:

> In allen, die Enterbung nicht betreffenden Stücken bleibt die letztwillige Verordnung bei Kräften.

Daß unter dem hier gebrauchten Ausdrucke Enterbung nicht bloß die völlige Entziehung jedes Erbtheiles, sondern auch die übrigen, im §. 432. gedachten Verkürzungen und Belastungen mit verstanden werden, zeigt der Zusammenhang dieser Vorschriften und ist in der Rechtsprechung schon angenommen. Es sollen also alle letztwilligen Bestimmungen bei Kräften bleiben, und dem sich für beschwert haltenden Kinde ist nur der Antrag auf Verabfolgung des Pflicht-

theils vorbehalten. Diesen Grundsatz stellt auch §. 378. ebendaselbst an die Spitze. indem er verordnet:

> Von den vorstehenden Gesetzen über die Erbfolge der Kinder und weiteren Abkömmlinge (§. 300—376 ibid.) können die Eltern durch letztwillige Verordnungen abweichen,

und im § 391. daselbst ist diese Befugniß der Eltern über ihr „Vermögen unter den Kindern nach Willkür zu verfügen" nur durch den Vorbehalt des den Kindern zukommenden Pflichttheils beschränkt.

Der Letztere ist also auszumitteln, aber dies darf nicht in der Weise geschehen, daß die angeblich beschwerende Disposition des Vaters vorweg als nicht vorhanden angesehen und, ihrem ausdrücklichen Inhalte entgegen, die, einem einzelnen Miterben bestimmten Grundstücke, subhastirt werden, um dadurch erst zu der Ueberzeugung zu gelangen, ob durch die väterliche Verfügung eine Verletzung des Pflichttheilsberechtigten geschehen sei, oder nicht? sondern sie ist nur in der Art zulässig, daß daneben diese besondere Bestimmung des Testaments aufrecht erhalten wird. Wie Beides zu vereinigen sei? darüber bestimmen die §§. 432 ff. nicht näher, aber indem §. 432. dem angeblich Verletzten im Allgemeinen rechtliches Gehör zusichert, und §. 433. hinzufügt:

> Findet der Richter die Beschwerde gegründet, so muß dem Kinde sein Pflichttheil aus der Erbschaft verabfolgt oder ergänzt, oder die darauf gelegte Last oder Einschränkung durch Urtel und Recht für aufgehoben erklärt werden,

so ist hiermit auf ein Ermessen des Richters hingewiesen, über die Mittel und Wege zur Erlangung der erforderlichen Ueberzeugung, und hierbei kann ihn nur eine von Sachverständigen aufzunehmende Taxe der zum Nachlasse gehörenden Gegenstände leiten.

Daß dies die einzig mögliche Vermittelung der sich

entgegenstehenden Ansprüche des Pflichttheilsberechtigten und desjenigen Erben, dem ein bestimmtes Nachlaßgrundstück beschieden worden, ist, ergeben die oben erwähnten §§. 569 ff. Tit. 18. Thl. II., die sich also lediglich als Ergänzung der so eben gedachten Vorschriften des zweiten Titels darstellen und daher sammt dem §. 164. des Anhanges eben so gut hier, wie an jener Stelle ihren Platz haben könnten, da der in ihnen enthaltene Grundsatz eine ganz allgemeine Geltung hat, wenn auch ihre Wortfassung mit Rücksicht auf die Concurrenz minderjähriger Erben eingerichtet ist.

Auch das gemeine Recht, auf welches das Rescript vom vom 13. October 1794 hinweiset, hat bei der Klage, die der Pflichttheilsberechtigte auf Ergänzung seines Pflichttheils anstellt (der sogenannten actio suppletoria) keine anderen Wege; es giebt dem Pflichttheilsberechtigten nur das Recht, die Vorlegung eines ordentlichen Inventars des Nachlasses zu fordern, es verweiset dabei auf den arbitratus boni viri und so ist denn auch die Abschätzung durch Sachverständige das gegebene Auskunftsmittel.

Das so gewonnene Resultat wird endlich noch durch die Erwägung bestätigt, daß durch die von dem Erblasser getroffene Verfügung über gewisse Nachlaßgrundstücke, diese in der That schon aus dem Miteigenthume der sämmtlichen Erben ausgesondert und den beiden jüngsten Söhnen allein zugetheilt worden sind, so daß der Provocant sich gar nicht mehr auf sein Miteigenthum an denselben (als Pflichttheilserbe) berufen kann. Aus diesem Grunde sind in früheren Fällen schon ähnliche Ansprüche, wie der vorliegende, zurückgewiesen worden (vergl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 22. S. 243.) und wenn auch der vorliegende Fall sich dadurch unterscheidet, daß hier der Erwerb des Eigenthums dieser Grundstücke, durch jene beiden Söhne

noch suspensiv bedingt ist, so ändert dieser Umstand doch nichts in der rechtlichen Lage der Sache, weil der, für so bedingte Willenserklärungen gegebene allgemeine Grundsatz des §. 103. Tit. 4. Thl. I. A. L. R. „daß der bedingungsweise Verpflichtete in der Zwischenzeit bis zum Eintritte der Bedingung, zum Nachtheile des dem Berechtigten zugedachten Rechtes, nichts vornehmen darf", auch im Erbrechte seine Anwendung findet.

Hiernach war daher das Urtel zweiter Instanz zu vernichten. In der Sache selbst muß aus eben denselben Gründen das Urtel erster Instanz eine Abänderung erleiden. Dasselbe beruhet zwar auf einer besondern Auffassung des Testaments des Ober-Amtmannes R., indem es darin gar nicht den bestimmten Willen oder Befehl des Testators, hinsichts der Ueberlassung der Grundstücke an die beiden jüngsten Söhne, sondern nur einen Wunsch desselben, an welchen die Erben nicht gebunden seien, finden will. Es ist jedoch diese, schon vom Appellations-Richter gemißbilligte Ansicht, eine unrichtige. Wenn auch der Erblasser im §. 4. des Testaments bestimmt:

> Es ist mein Wunsch, daß die Theilung meines Nachlasses und die Veräußerung der zu ihm gehörigen Grundstücke, vor der Großjährigkeit, resp. Volljährigkeitserklärung meiner Söhne nicht stattfindet,

so verordnet er doch daselbst weiter:

> Sollten die Testaments-Executoren (so wie) diejenigen meiner großjährigen Kinder, welche nicht Pächter von zu meinem Nachlasse gehörigen Gütern zur Zeit des eintretenden Falles sind, und die Vormünder meiner minderjährigen Kinder, die Veräußerung eines Theils, oder aller Nachlaßgrundstücke einstimmig für zweckmäßig achten, so soll diese Veräußerung auch früher stattfinden,

und er setzt gleichzeitig fest, daß, wenn sonach nicht bloß ein Theil, sondern sämmtliche Nachlaßgüter zum Verkauf gestellt werden möchten, dann auch sofort die Nachlaßtheilung erfolgen solle. Er hat ferner im §. 6. angeordnet:

> Wird der durch mich im §. 4. ausgedrückte Wunsch erfüllt, bleibt also die Nachlaßtheilung und die Veräußerung der Grundstücke, bis zu dem im ersten Satze jenes Paragraphen angedeuteten Zeitpunkte ausgesetzt, so sollen meine beiden jüngsten Söhne .... die Herrschaft L.... nebst der Nieder- und der Philippsmühle für den Preis von 150,000 Thlrn. zu gleichen Rechten, zu ausschließlichem Eigenthume zu übernehmen befugt, aber nicht verpflichtet sein.

Es folgen dann weiter sehr genaue Bestimmungen über die Ausführung dieser Gutsüberlassung an die gedachten beiden Kinder, so wie über die Art und Weise des Verkaufes der übrigen Nachlaßgrundstücke, und auch des Gutes L. selbst, falls jene Berufenen dasselbe nicht übernehmen wollten oder könnten. Dieser Gesammtinhalt der Disposition gestattet keine andere Auslegung, als daß das Verordnete nicht bloß ein Wunsch, sondern der bestimmte Wille des Erblassers war, von dem nur in dem einzigen Falle abgewichen werden darf, wenn die im §. 4. genannten Personen, worunter namentlich der jetzt mitverklagte Vormund sich befindet, einstimmig den früheren Verkauf der Grundstücke beschließen werden. Da hierdurch die Möglichkeit, daß ein einzelner Erbe durch seinen alleinigen Antrag auf Subhastation den Willen des Testators sollte vereiteln können, ausgeschlossen ist, so ist der Gebrauch des Wortes Wunsch, statt Befehls, von keiner Erheblichkeit, indem es nicht auf ein gewisses Wort, sondern auf den deutlich erkennbaren Willen des Testators ankommt, und es durchaus un-

zulässig ist, um jenes einzigen Wortes willen, den übrigens sehr bestimmt gefaßten, eine Menge von Einzelnheiten berührenden und beachtenden Anordnungen des Testators, nur den Werth eines Wunsches und von Rathschlägen beizumessen (wie der erste Richter thut), deren Nutzlosigkeit auf der Hand lag, wenn die Erben an ihre Befolgung nicht gebunden waren.

Es mag noch erwähnt werden — wiewohl der Kläger hierauf nicht einmal näher eingegangen ist, — daß auch die Vorschrift §. 121—122. Tit. 17. Thl. I. A. L. R. demselben nicht zur Seite steht. Daselbst ist verordnet, daß, wenn der Erblasser die Aussetzung der Theilung bis zu einer gewissen Zeit, oder Begebenheit, vorgeschrieben hat, die Erben sich dies gefallen lassen müssen, jedoch ein Erbe, „dem der Erblasser nicht mehr als einen ihm gebührenden Pflichttheil verlassen hat", auch an eine solche Verfügung desselben nicht gebunden ist. Sollte nun auch Kläger als ein solcher, dem der Erblasser nicht mehr als den Pflichttheil hinterlassen habe, anzusehen sein, so würde dies Gesetz ihn doch nur berechtigen, der angeordneten Aussetzung der Theilung zu widersprechen. Allein er könnte dann doch immer nur die Ausantwortung seines Pflichttheils schon jetzt fordern, und dies berechtigt ihn, nach der oben gegebenen Entwickelung, nicht zu dem weiteren Verlangen auf Subhastation der Nachlaßgüter.

Endlich kann auch die Möglichkeit, daß die beiden jüngsten Söhne des Erblassers künftig die ihnen beschiedenen Güter nicht übernehmen zu wollen erklären möchten, auf die gegenwärtige Entscheidung nicht von Einfluß sein, da es sich von selbst versteht, daß, wenn dieser Fall eintreten sollte, dieser Theil der letztwilligen Verfügung hinwegfallen und dem Provocanten alsdann freistehen wird, anderweitige

Anträge zu machen, bei denen ihm das gegenwärtige Urtel nicht hinderlich sein kann.

№ 7.

Verhinderung des Widerrufes eines Testaments, durch einen Betrug.

Findet die Vorschrift des §. 607. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R.:

> Wer Jemanden an dem Widerrufe seines errichteten Testaments hindert, verliert alle darin ihm verschafften Vortheile, und muß noch außerdem denjenigen, zu dessen Besten der Widerruf gereicht haben würde, vollständig entschädigen;

auch dann Anwendung, wenn der Testator durch betrügliche Vorspiegelungen von der Ausführung seines Vorsatzes: sein Testament zu widerrufen, abgehalten worden ist?

A. L. R. Thl. I. Tit. 12. §. 607.

Der Einsasse Joseph D. zu Sz. hatte am 22. August 1853 vor einer Deputation des Kreisgerichts zu Graudenz sein Testament errichtet, und in demselben die Wittwe P., welche ihm die Wirthschaft führte, zu seiner Universalerbin ernannt, seine Eltern, die Altsitzer D.'schen Eheleute, aber auf den Pflichttheil beschränkt, den er ihnen in der runden Summe von 300 Thlr. beschied. Er lag damals an den Pocken schwer erkrankt danieder, und ist am 26. desselben Monats verstorben. Seine Eltern, die seine nächsten In-

testaterben sein würden, behaupten, daß ihr Sohn gleich nach Entfernung der Gerichts-Deputation über jene letzt-willige Verfügung die heftigste Reue empfunden, fortwährend gejammert und ausgerufen:

O, Jesus! Was habe ich gethan, meine Verwandten werden mich wegen des Unrechts, das ich ihnen zugefügt, nicht im Grabe ruhen lassen; ich will mein Testament zurück haben!

dabei habe er Anstalten gemacht, sich zu erheben und anzuordnen, daß die Gerichts-Deputation zurückgerufen und ihm das Testament zurückgegeben werde. Die Wittwe P. habe ihn zwar mit dem Versprechen zu beschwichtigen gesucht, es solle Alles nach seinem Wunsche geschehen. Dessen ungeachtet sei Joseph D. aus dem Bette aufgesprungen, auf den Hof gestürzt und habe nach seinem Knechte Johann U. mit den Worten gerufen:

Johann! Reite so bald als möglich nach der Stadt, damit das Gericht zurückkommt, und mir mein Testament zurückgiebt!

Der Knecht sei jedoch auf dem Felde gewesen; dagegen habe die Wittwe P. diesen Zuruf gehört und den Joseph D. dadurch beruhigt, daß sie ihm vorgespiegelt: dem Knechte sei sein Wille bekannt gemacht, und werde derselbe sofort nach Graudenz reiten und die Zurückgabe des Testaments bei dem Gerichte beantragen. Statt dessen aber habe sie den Knecht U. nicht nach Graudenz, sondern nach einem anderen Orte, Lessen, zum Arzte gesandt, und auf diese Weise den Joseph D. an dem Widerrufe seines Testaments gehindert.

Gestützt auf den §. 607. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R. haben die Altsitzer Johann D.'schen Eheleute daher mit dem Antrage gegen die Wittwe P. geklagt:

dieselbe des ihr in dem Testamente des Joseph D. zuge-

sicherten Erbrechts für verlustig und für schuldig zu erachten, den Nachlaß desselben an sie herauszugeben.

Durch die abgehörten Zeugen wurden die Behauptungen der Kläger zwar im Wesentlichen bestätigt; das Kreisgericht zu Graudenz wies indessen dennoch die Letzteren ab, da bis zum letzten Augenblicke andere Personen um den Erblasser beschäftigt gewesen wären, deren er sich zur Realisirung seiner Absicht hätte bedienen können; ein „hindern" im Sinne des §. 607. a. a. O. liege daher in dem Verhalten der Verklagten nicht. Entgegengesetzter Ansicht war das Appellations-Gericht zu Marienwerder; zur Ergänzung des nicht vollständig geführten Beweises legte dasselbe in seinem Erkenntnisse vom 22. October 1855 den Klägern jedoch zuvörderst einen Erfüllungseid de ignorantia dahin auf:

daß der Joseph D. bald nachdem die Deputation des Kreisgerichts zu Graudenz, welche am 22. August 1853 in dessen Behausung von ihm ein Testament aufgenommen, abgereiset war, die Verklagte beauftragt habe, seinen Knecht an das Gericht zu Graudenz zu schicken, um sein Testament zurück zu holen, daß die Verklagte darauf versprochen, den Knecht nach Graudenz zu schicken und denselben später mit der Versicherung, daß sie den Knecht bereits dorthin abgeschickt, beruhigt, den Knecht aber nicht nach Graudenz, sondern nach Lessen zum Arzte geschickt habe.

Von der Ausschwörung oder Nichtableistung dieses Eides ward die Verurtheilung der Verklagten, beziehungsweise die Abweisung der Kläger, abhängig gemacht. Die Verklagte hat zwar noch die Revision eingelegt, der erste Senat des Ober-Tribunals jedoch in seiner Sitzung vom 9. Juni 1856 das Appellations-Urtel bestätigt. Soweit sie für den vorliegenden Zweck interessiren, lauten die

Gründe

folgendermaßen.

Die Entscheidung der Sache hängt vornehmlich von einer richtigen Auslegung des §. 607. Thl. I. Tit. 12. A. L. R.:

> Wer Jemanden an dem Widerrufe seines errichteten Testaments hindert, verliert alle ihm verschafften Vortheile und muß noch außerdem denjenigen, zu dessen Besten der Widerruf gereicht haben würde, vollständig entschädigen,

und von der Beantwortung der weiteren thatsächlichen Frage ab:

> ob die Verklagte den Joseph D. im Sinne des §. 607. wirklich an dem Widerrufe seines am 22. August 1853 in Sz. vor einer Deputation des Kreisgerichts zu Graudenz errichteten Testaments gehindert?

In den §§. 563 ff. Thl. I. Tit. 12. handelt das A. L. R. davon, wie Testamente aufgehoben und widerrufen werden und hieran schließen sich sodann in den §§. 605—610. die Bestimmungen der verschiedenen Strafen desjenigen an, welcher Jemanden an Errichtung eines Testaments, an dessen Uebergabe oder an dessen Widerrufe hindert, oder der ein Testament verheimlicht, oder der durch Gewalt oder Betrug ein Testament bewirkt. — Unverkennbar verdanken diese Vorschriften der römischen Indignitätslehre ihre Entstehung, und sind den Bestimmungen der betreffenden Digesten und Codex-Titel:

Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit; — Dig. 29, 6; Cod. 6. 34; und: De his, quae ut indignis auferuntur; — Dig. 34. 9; vergl. Cod. 6. 35; — nachgebildet, wenngleich allerdings mit der wesentlichen Modification, daß nach dem Allg. Landrecht nicht, wie in den meisten Fällen des römischen Rechts, der Fiskus an die Stelle des Unwürdigen tritt, vielmehr die diesem entzogenen Vortheile und

Zuwendungen denjenigen zu statten kommen sollen, welche sonst benachtheiligt sein würden.

Die §§. 605. und 606. handeln von den Fällen, wenn Jemand einen Anderen an Errichtung seines Testaments erweislich „verhindert" hat, oder wenn Jemand die gerichtliche Uebergabe eines schon gefertigten Testaments „verhindert," und der weitere §. 607. beginnt mit den Worten:

Wer Jemanden an dem Widerrufe seines errichteten Testaments „hindert," verliert u. s. w.

Des wechselnden Ausdruckes ungeachtet soll hier mit den Worten „verhindert" und „hindert" in allen drei Paragraphen doch offenbar gleichmäßig derselbe Begriff wiedergegeben werden, insoweit liegt durchaus kein ersichtlicher oder vernünftiger Grund vor, zwischen den Voraussetzungen der §§. 605. und 606. im Gegensatze zu dem §. 607. zu unterscheiden. „Verhindern" oder „Hindern" heißt aber nach dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens, Jemanden wider dessen Willen von einer beabsichtigten Handlung durch positive Thätigkeit zurückhalten. Welche Mittel der Hindernde zu diesem Zwecke anwendet, ist für den Begriff selbst ohne Einfluß und die Theorie, so wie die Praxis sind auch darüber bereits ziemlich einverstanden daß hierbei nicht minder, alsein physischer Zwang auch ein psychologischer Zwang in Betracht kommen müsse. Namentlich wird in den Gründen des diesseitigen Revisions-Urtels vom 4. April 1833 ausgeführt: man könne nicht annehmen, daß das Gesetz bei dem Verhindern der Testaments-Errichtung gerade nur eine physische Gewalt gemeint habe, und sei also auch ein psychologischer Zwang keineswegs davon ausgeschlossen, als Verhinderungsgrund zu gelten, so daß die Anwendung der gesammten, in den §§. 31 ff. Tit. 4. Thl. I. A. L. R. über die Hindernisse der Willensfreiheit ertheilten Vorschriften,

kein Bedenken leide. — Simon und v. Strampff's Rechtssprüche Bd. IV. S. 86. — Eben so wenig Veranlassung ist aber vorhanden, hier die Folgen des Betrugs anders, als diejenigen des wirklichen Zwanges zu bestimmen. Gerade in dieser Materie, deren Vorschriften augenscheinlich den Bestimmungen des römischen Rechts entlehnt sind, erscheint es zulässig, auf das letztere zurückzugehen, wenn es sich darum handelt, den wahren Sinn des §. 607. a. a. O. und namentlich des darin gebrauchten Ausdrucks „hindert" zu ermitteln. Daß dolus und unerlaubter Zwang hier wirklich auf gleicher Stufe stehen, beweist die L. 3. Dig: „Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. — (29. 6.) in den Worten: Virum, qui non per vim nec dolum, quominus uxor contra eum, mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, in crimen non incidisse respondi: nec ei, quod testamento fuerat datum, auferendum."

In der That ist aber auch — wie Mühlenbruch: Fortsetzung des Glück'schen Pandecten-Commentars Bd. 43. S. 491. mit Recht hervorhebt, — kein Grund vorhanden, andere Folgen in dem einen, wie in dem andern Falle eintreten zu lassen. Und von Vangerow sagt:

> Ist der Erblasser betrüglicher Weise von Veränderung eines letzten Willens abgehalten worden, so treten ganz unzweifelhaft dieselben Grundsätze ein, welche in Anmerkung — i — für den Fall des Zwanges angegeben worden sind.

(Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen, 3. Aufl. 1846 Bd. II. Anm. 3. zu §. 43. und flg. S. 98.)

Auch Bornemann geht in der systematischen Darstellung des preußischen Civil-Rechts, II. Ausgabe Bd. 6. S. 130., §. 386. davon aus, daß das römische Recht in der vorliegenden Beziehung zwischen dem Zwange und der betrüglichen Verleitung keinen Unterschied mache, und

knüpft sodann hieran die weitere Schlußfolgerung für das Allgemeine Landrecht:

Da aus den Materialien nicht constirt, daß die Redactoren hierin eine Aenderung haben vornehmen wollen, so dürfte sich, bei der offenbaren paritas rationis, die Annahme rechtfertigen, daß der unbestimmte Ausdruck „Verhindern" nicht bloß von einer durch Zwang, sondern auch von einer durch betrügliche Vorspiegelungen bewirkten Zurückhaltung zu verstehen sei, wofür überdies die Analogie der Vorschrift §. 609. h. t. spricht.

In der That kann man, wenn die Vorschrift des §. 607. a. a. O. im Zusammenhange mit den unmittelbar vorhergehenden und nachfolgenden Paragraphen, so wie mit den allgemeinen Grundsätzen des Landrechts betrachtet wird, auch nicht wohl bezweifeln, daß in dem Falle des §. 607. eine Hinderung durch betrügliche Verleitung eben so beurtheilt werden und dieselben Folgen haben soll, als wenn Jemand wirklich durch physischen Zwang an dem Widerrufe seines errichteten Testaments gehindert worden wäre. Sprachlich rechtfertigt der ganz allgemeine Ausdruck:

Wer Jemanden an dem Widerrufe seines errichteten Testaments **hindert**

eine derartige Gleichstellung des Zwanges und des Betruges sehr wohl; der Wortlaut des Gesetzes steht mithin der obigen Deutung des §. 607. keineswegs entgegen; die Richtigkeit derselben wird aber auch durch die ähnliche Bestimmung des §. 609. ebend., sowie durch das Zurückgehen auf den unzweifelhaften Grund des Gesetzes vollkommener bestätigt. — §§. 46., 49. der Einleit., §. 2. Anh. z. A. L. R. — Der §. 607. bedroht denjenigen, der Jemanden an dem Widerrufe seines errichteten Testaments hindert, mit dem Verluste aller ihm darin verschafften Vortheile und ver-

pflichtet ihn noch außerdem, denjenigen vollständig zu entschädigen, zu dessen Besten der Widerruf gereicht haben würde. Und nach §. 609. wird in Fällen, wo nach Vorschrift der §§. 23., 24., 25. ein Testament wegen verübten Zwanges oder betrüglicher Verleitung für ungültig erklärt werden muß, derjenige, welcher einer solchen unerlaubten Handlung sich schuldig gemacht hat, seines gesetzlichen Erbrechts ebenfalls verlustig. Der §. 609. enthält gleich dem §. 607., wie auch deren Marginalien besagen, Strafbestimmungen für mindestens ähnliche Fälle: sie setzen nämlich die civilrechtlichen Nachtheile gegen diejenigen fest, welche in unerlaubter Weise auf die Willensfreiheit des Testators einwirken. Der §. 609. stellt aber in dieser Beziehung den verübten Zwang und die betrügliche Verleitung ganz gleich und eben so werden in dem darin citirten §. 23. Thl. I. Tit. 12. A. L. R. der Einwand:

> daß Jemand zur Errichtung seines Testaments durch Gewalt gezwungen,

und die Einrede:

> daß er durch Betrug dazu verleitet worden sei,

ohne weitere Unterscheidung neben einander genannt.

Aber auch wenn man auf den nächsten unzweifelhaften Grund des §. 607. zurückgeht, gelangt man zu der Ueberzeugung, daß im Falle desselben der verübte Zwang und die betrügliche Verleitung ihren rechtlichen Wirkungen nach einander durchaus gleichzustellen sind. Die sämmtlichen Strafbestimmungen der mehrerwähnten §§. 605—609. Thl. I. Tit. 12. A. L. R. wurzeln, ihrem legislativen Grunde nach, offenbar in dem allgemeinen Grundsatze des §. 35. Thl. I. Tit. 3. ebendaselbst:

> Aus unerlaubten Handlungen überkömmt der Handelnde zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte,

und sind nur Anwendungen des letzteren auf den besonderen Fall der unerlaubten Beschränkung der Willensfreiheit eines Testators. Moralisch aber handelt gewiß derjenige nicht minder unerlaubt, der Jemanden durch Betrug, d. h. durch wissentliche und vorsätzliche Erregung eines Irrthums, an dem Widerrufe seines errichteten Testaments hindert, als derjenige, welcher zu diesem Zwecke physischen Zwang anwendet.

Die Revidentin meint indessen, für die entgegengesetzte Ansicht sich auf die Gründe des bereits oben allegirten Revisions-Urtels vom 4. April 1833 berufen zu dürfen; es wird daher ein näheres Eingehen auf dasselbe hier nothwendig. Eine genauere Vergleichung des dort abgeurtelten Falles mit dem gegenwärtig zur Entscheidung vorliegenden Rechtsstreite ergiebt indessen, daß beide schon in ihren thatsächlichen Voraussetzungen wesentlich von einander verschieden sind, daß aber auch die dortige, sich vornehmlich an die factischen Verhältnisse jenes Falles anschließende Ausführung der hier vertheidigten Ansicht über die Deutung des §. 607. a. a. O. keinesweges widerspricht. Damals beabsichtigten die kinderlosen N.schen Eheleute ein wechselseitiges Testament zu errichten und sich gegenseitig zu Universalerben einzusetzen. Zur Ausführung dieses Beschlusses hatte am 13. Mai 1829 in deren Behausung die erbetene Gerichts-Deputation sich nicht bloß eingefunden, sondern es war sogar auch schon mit Niederschreibung der Verhandlung und zwar zunächst der letzten Willenserklärung der Ehegattin, der Anfang gemacht worden, als die Mutter der Frau — die Wittwe O. — die N.schen Eheleute herausrief und zu ihnen sagte:

Kinder, ich habe beim Vorbeigehen an der Thür gehört, daß Ihr ein Testament machen wollet, welches mir gar nicht lieb ist; wenn Ihr mir die Gefälligkeit erzeigt, kein

Testament zu machen, dann gebe ich Euch mein heiligstes Versprechen, daß falls Du — die verehelichte N., ihre Tochter, bezeichnend — früher sterben solltest, als Dein Mann, ich sodann unter keinen Umständen etwas von Deinem zeitigen Vermögen erben will, vielmehr Dein Mann Alles erben soll, was Dir zur Zeit angehört.

Diesem Versprechen trauend standen die N.schen Eheleute denn auch von der Testaments-Errichtung ab. Als aber am 26. Mai 1829 die verehelichte N. starb, machte deren Mutter dennoch ihr gesetzliches Miterbenrecht — §§. 489 ff. Thl. II. Tit. 2. und §. 625. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. — ihrem Schwiegersohne N. gegenüber geltend. Letzterer berief sich zwar auf die Vorschrift des §. 605. Thl. I. Tit. 12. A. L. R., die beiden Vorderrichter verwarfen indessen diesen Einwand des Verklagten und das Ober-Tribunal hat am 4. April 1833 allerdings die beiden früheren Urtel bestätigt. Damals standen jedoch die N.schen Eheleute, wenngleich wohl nur im Vertrauen auf das Versprechen der Wittwe O.: unter keinen Umständen etwas von dem zeitigen Vermögen ihrer Tochter erben zu wollen, von der beabsichtigten Testaments-Errichtung freiwillig ab, änderten mithin insofern ihren Entschluß: ein wechselseitiges Testament zu errichten.

Im vorliegenden Falle dagegen hat der Erblasser Joseph D. sogleich nach Errichtung seines Testaments vom 22. August 1853 die bitterste Reue darüber empfunden, daß er die Wittwe P., die Verklagte, zu seiner alleinigen Erbin ernannt, seine Eltern aber auf den Pflichttheil beschränkt und als solchen ihnen nur 300 Thlr. beschieden hatte; wiederholt hat er seinen Willen, dies Testament zurückzunehmen, ausgesprochen und hat diese Absicht auch bis zu seinem am 26. desselben Monats erfolgten Tode keineswegs aufgegeben. Die Verklagte hat auch gar nicht eine derar-

tige Willensänderung in dem Testator veranlaßt, und dies gerade ist wesentlich und entscheidend, sondern den Letzteren vielmehr betrüglicher Weise in den Glauben versetzt, es sei der Knecht von ihr wirklich an das Gericht zu Graudenz abgesandt, also Alles geschehen, was unter den obwaltenden Umständen geschehen konnte, um den Wunsch des Joseph D. zu erfüllen. Die Wittwe P. hatte auf den Nachlaß des Letzteren gar keinen gesetzlichen Erbanspruch; der Wittwe O. dagegen konnte als pflichttheilsberechtigten Mutter die Hälfte des ihr nach der gesetzlichen Erbfolge zukommenden Antheils von der Verlassenschaft ihrer Tochter, der verehelichten N., niemals entzogen werden. — §§. 501., 502. Thl. II. Tit. 2. A. L. R. — Der Hauptentscheidungsgrund des Ober-Tribunals in dem früheren Falle, und so zu sagen der Kern des Revisions-Urtels vom 4. April 1833, beruht nun augenscheinlich in der rein factischen Annahme: „der Wittwe O. ließe sich ein Betrug gar nicht beimessen", auf den weiteren hypothetischen Nebengrund: „wenn man einen Betrug annehmen wollte, so würde dies den Verklagten nur zu Entschädigungsansprüchen gegen die Klägerin berechtigen, die ihr nicht das gesetzliche Erbrecht an den Nachlaß ihrer Tochter ganz entziehen, sondern nur bewirken könnten, daß sich Klägerin mit dem Pflichttheil begnügen müßte, der ihr, auch wenn ihre Tochter testirt hätte, dennoch verbleiben müßte;" legt, wie dessen ganze Einführung ergiebt, der damalige Revisions-Richter selbst kein besonderes Gewicht. Er ist aber auch hauptsächlich aus der Pflichttheilsberechtigung der Wittwe O. entnommen, paßt daher insofern gar nicht auf den jetzt vorliegenden Fall, und läßt die hier erörterte Streitfrage:

ob der §. 607. auch dann Anwendung finde, wenn der Testator nicht durch verübten Zwang, sondern durch be-

trügliche Verleitung gehindert ist, sein errichtetes Testament zu widerrufen?
in der That unberührt.

Das noch ältere Revisions-Urtel de publ. den 10. Juni 1805 stellt zwar vornehmlich nur den Grundsatz auf, nach der Analogie des §. 606. Thl. I. Tit. 12. A. L. R. müsse auch derjenige, der die gerichtliche Aufnahme eines Schenkungsvertrages verhindert, den Donatar für den ihm dadurch entgehenden Vortheil schadlos halten; nebenher erkennt dasselbe indessen auch an: die Bestimmung des §. 607. ebend. passe auf den dort vorgelegenen Fall, weil die Schenkungsurkunde vom 8. Juli 1800 über 25,000 Thlr., deren gerichtliche Aufnahme der Beklagte durch seine Dazwischenkunft verhindert hatte, allein den Zweck gehabt habe, die Verkürzung der Klägerin, die in dem Testamente des v. S. unter allen seinen übrigen Verwandten am allerkärglichsten bedacht gewesen sei, wieder gut zu machen, worin offenbar ein Widerruf des Testaments in Bezug auf die Klägerin gelegen, den der Verklagte durch seine Intervention verhindert hätte. (Simon und v. Strampff's Rechtssprüche, Band I. S. 59 ff.)

Findet hiernach der §. 607. auch dann Anwendung, wenn Jemand nicht durch physischen Zwang, sondern durch betrügliche Verleitung an dem Widerrufe seines errichteten Testaments behindert ist, so fragt sich dann weiter: ob hier eine solche Verhinderung wirklich stattgefunden hat? Und auch diese Frage ist mit dem Appellations-Richter unbedenklich zu bejahen. Der erste Richter glaubt sich für das Gegentheil entscheiden zu müssen, weil bis zum letzten Augenblicke noch andere Personen um den Joseph D. beschäftigt gewesen wären, deren er sich zur Realisirung seiner Absicht, das Gericht Behufs der Zurückgabe seines Testaments wie-

der herauszuholen, hätte bedienen können, ohne daß ihm die Verklagte hier ein Hinderniß in den Weg gelegt. Und in ähnlicher Auffassung meinte die Appellatin: es komme darauf an, daß die angeblichen Hindernisse so beschaffen seien, daß die von einem Anderen beabsichtigte Handlung von demselben nicht ausgeführt werden könne. Sie scheint mit dem ersten Richter also an eine absolute Unmöglichkeit zu denken; so eng und strenge darf indeß der Begriff „Hindern" im §. 607. nicht aufgefaßt werden; sonst möchte, abgesehen von dem gewiß sehr seltenen Falle einer wirklichen widerrechtlichen Einsperrung des Testators, es kaum denkbar sein, daß und wie Jemand einen Anderen, namentlich auf längere Zeit, an dem Widerrufe seines errichteten Testaments zu hindern vermöchte. Im vorliegenden Falle ist von der Verklagten in der That Alles, was in ihren Kräften stand, geschehen, um den Joseph D. an dem von ihm beabsichtigten Widerrufe seines gerichtlichen Testaments vom 22. August 1853 zu hindern, und in Folge dessen ist er denn auch am 26. desselben Monats darüber hingestorben, ohne diese Absicht ausführen zu können.

(Dies wird sodann näher nachgewiesen, worauf es hier indessen nicht weiter ankommt.)

№ 8.

Bekanntmachung über die Aufhebung einer Societät.

Ob für die Bekanntmachung über die Aufhebung einer kaufmännischen Societät, die den Gläubigern unmittelbar geleistete Anzeige über die bevor-

stehende Auflösung der Gesellschaft, von einem bestimmt anzugebenden Zeitpunkte ab, genügt, oder noch, um den Zweck der §§. 308. 310. Tit. 17. Thl. I. A. L. R. zu erreichen, die von der Gesellschaft zu machende Mittheilung darüber, wie sich die Socien in die Activa und Passiva des Gesellschafts-Vermögens zu theilen beabsichtigen, erforderlich ist?

Der Kaufmann N. N. zu Tilsit, klagte gegen den Kaufmann L. S. daselbst 73 Thlr. 25 Sgr. 6 Pf. ein, indem er behauptete und unter Beweis stellte: er habe dem Verklagten am 7. und 15. September 1851 zwei Packete mit verschiedenen Waaren zur Spedition an den russischen Kaufmann Z. zu Minsk, mit dem Auftrage übergeben, diese Packete nur gegen Bezahlung des sich auf 131 Thlr. 25 Sgr. 6 Pf. belaufenden Werthes der Waaren zu verabfolgen und diesen Betrag an ihn, den Kläger, demnächst abzuführen. Der Verklagte habe die Waare an Z. befördert, ihm, dem Kläger, aber nur 58 Thlr. zukommen lassen und sei ihm daher noch für die eingeklagte Summe verhaftet. Auf den Einwand des Verklagten, daß im Jahre 1851 zwischen ihm und einem Kaufmann G. eine Societäts-Handlung bestanden habe, welche sich mit Speditions- und Commissions-Geschäften befaßt, und daß der Kläger an diese, nicht aber an ihn, den Verklagten, persönlich die fraglichen Waaren zu dem angegebenen Zwecke übergeben, welche der Adressat Z. auch im Comptoir der Societäts-Handlung ausgeantwortet erhalten habe, daß aber die Societät im Monat Mai 1852 sich aufgelöset und hiervon sowohl der kaufmännischen Societät in Tilsit, als auch durch die Königsberger Zeitung Anzeige gemacht, ja den Kläger

direct durch ein Circulare benachrichtigt habe, räumte der Letztere in der Replik ein, daß die Waaren von ihm der Handlung S. und G. übergeben worden und daß diese im Mai 1852 aufgelöset sei, er bestritt aber, daß er davon direct benachrichtigt, oder daß ihm davon auch nur sonst etwas bekannt geworden sei, und er hielt sich deshalb für berechtigt, sich an den Verklagten, als Socius jener Handlung, auch nach aufgelösetem Geschäft, auf den ganzen Betrag seiner Forderung zu halten, indem er dem Verklagten noch darüber den Eid deferirte, daß der Adressat den ganzen Werthbetrag der Waaren an die Societäts-Handlung S. und G. bezahlt habe. — Ueber diesen Eid erklärte sich der Verklagte nicht, brachte auch keinen Beweis darüber bei, daß die Aufhebung der Societät dem Kläger direct bekannt gemacht worden sei, und es verurtheilte deshalb das Gericht erster Instanz, das Kreisgericht zu Tilsit, unterm 22. März 1855 den Verklagten nach dem Klageantrage.

Dieser appellirte und trug, außer dem Erbieten, ein Attest der Kaufmannschaft zu Tilsit über die ihr geleistete Anzeige von dem früheren Bestehen und der im Jahre 1852 erfolgten Auflösung der mehrgedachten Societäts-Handlung beizubringen, gegen den Kläger auf Edition des an diesen speciell über die Auflösung der Letzteren gerichteten Circulars an; auch behauptete er, wie er dies schon früher gethan, jedoch ohne damals noch jetzt darüber Beweis anzugeben, daß bei Aufhebung der Societät, Activa und Passiva derselben unter die früheren Socien gleich vertheilt seien, und daß er danach dem Kläger nur auf die Hälfte seiner, 131 Thlr. 25 Sgr. 6 Pf. betragenden Forderung mit 65 Thlr. 27 Sgr. 9 Pf. verhaftet sei und derselbe, da er geständlich bereits . . . . 58 = — = — =

von ihm erhalten, nur noch . . . 7 Thlr. 27 Sgr. 9 Pf.

zu fordern habe, zu deren Zahlung er bereit sei.

In Folge des Editions-Antrages brachte der Kläger ein lithographirtes, L. S. . . . u. G. . . . unterzeichnetes Schriftstück bei, welches als Datum die Worte: Tilsit den ten Juni 1852 trägt und dahin lautet:

Hiermit beehren wir uns, Ihnen die erg. Anzeige zu machen, daß mit dem heutigen Tage, nach beiderseitig freundschaftlichem Uebereinkommen und nach verhältnißmäßiger Eintheilung unserer Activa und Passiva

Unsere Firma

aufhört und indem wir für das uns bisher geschenkte Vertrauen ganz erg. danken, erlauben wir uns angebogen über unsere ferneren Unternehmungen besondere Mittheilung zu machen.

Nach diesen Erörterungen, denen Kläger, unter Eidesdelation, noch die Behauptung hinzufügte, daß bei Aufhebung der Firma S. und G. der Verklagte die Regulirung der Activa und Passiva übernommen, auch nach Auflösung der Firma wiederholt die Berichtigung der klagend geltend gemachten Forderung versprochen habe, welchen Eid der Mandatar des Verklagten im Audienz-Termine zweiter Instanz annahm, erkannte der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Königsberg am 24. September 1855 auf Bestätigung des ersten Erkenntnisses.

Auf die von dem Verklagten gegen diese Entscheidung gerichtete, eine Verletzung der Vorschrift der §§. 308. und 310. Tit. 17. Thl. I. A. L. R. behauptende Nichtigkeits-Beschwerde, sprach der vierte Senat des Ober-Tribunals unterm 24. Mai 1856 die Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses aus und änderte die Entscheidung erster Instanz dahin ab:

daß der Verklagte nur schuldig, an den Kläger noch 7 Thlr. 27 Sgr. 9 Pf. nebst fünf Procent Zinsen seit

dem 26. Januar 1856 zu zahlen und Kläger mit dem Mehrgeforderten abzuweisen.

Die

G r ü n d e

dieser Entscheidung lauten:

Die §§. 308. und 310. Tit. 17. Thl. I. A. L. R. bestimmen über die Aufhebung einer Socität, daß wenn dieselbe den Gläubigern ausdrücklich bekannt gemacht worden ist, Letztere sich wegen ihrer Ansprüche aus den mit der Gesellschaft geschlossenen Verträgen, an die einzelnen Mitglieder nur noch ein Jahr lang, nach geschehener Bekanntmachung, für das Ganze sollen halten können, wogegen nach Ablauf dieses Jahres jedes Mitglied dem Gläubiger nur nach Verhältniß seines an der Societät gehabten Antheils haftet. — Im vorliegenden Falle, wo der Kläger mit der in Tilsit bestandenen, aber bereits im Juni 1852 aufgelöseten kaufmännischen Societät unter der Firma L. S. und G., welche ein Speditions-Geschäft trieb, durch eine Waarensendung nach Rußland contrahirt und aus diesem Geschäfte einen Anspruch von 131 Thlr. 25 Sgr. 6 Pf. an die Societät erlangt hat, ist derselbe von der Auflösung der Societät durch die Handlung selbst schriftlich benachrichtigt worden, gleichwohl aber hält der Appellations-Richter dafür, daß dem Kläger die Vorschrift des §. 310. a. a. O. nicht entgegenstehe, wenn er in dem lange nach Jahresfrist seit jener Bekanntmachung, gegen den einen der ehemaligen Socien, L. S., angestellten Processe, den Verklagten auf den Restbetrag der ganzen Societätsschuld belange, weil nämlich die Anzeige über die Aufhebung der Societät, in sofern unvollständig gewesen sei, als darin nicht angegeben worden, in welcher Art und in welchem Verhältniß die Theilnehmer der Handlung die Activa und Passiva der Letzteren

unter sich getheilt haben. Hierbei erkennt zwar der Appellations-Richter selbst an, daß über die Nothwendigkeit dieser Theilung der Activa und Passiva in der Bekanntmachung zu erwähnen im Gesetze nichts ausdrücklich bestimmt sei, er folgert sie aber aus dem Zwecke der Bekanntmachung, weil die Bestimmung, daß denjenigen Gläubigern, welche binnen Jahresfrist nach der Bekanntmachung ihre Forderungen nicht geltend machen, jedes Mitglied nur nach Verhältniß seines Antheils an der Societät haften dürfe, nicht ausführbar sein würde, wenn nicht neben der allgemeinen Anzeige von Aufhebung der Societät, auch Mittheilungen über die Societäts-Antheile der Theilnehmer gemacht werden müßten.

Diese Ansicht des Appellations-Richters ist jedoch unrichtig und rechtfertigt den auf die Behauptung, daß dadurch gegen die Vorschrift der allgemeinen Gesetze verstoßen worden, gestützten Antrag des Imploranten auf Vernichtung der Appellations-Entscheidung vollkommen. Denn nicht nur, daß das Gesetz selbst, wie der vorige Richter auch erwähnt, die Anzeige über die Art und das Verhältniß der Theilung der Activa und Passiva, bei Aufhebung der Societät nicht erfordert und schon deshalb der Nachtheil, der nach §. 310. a. a. O. den Gläubiger durch eine verspätete Geltendmachung seiner Forderung an die Societät treffen soll, nicht von diesem Inhalte der Bekanntmachung abhängig gemacht werden darf, welcher für die gewesenen Societäts-Mitglieder eine Erschwerung ihrer Lage, den Gläubigern gegenüber, in sofern im Gefolge hat, als sie ihre Verhaftung für die Societäts-Schulden von einem Mehreren abhängig macht, als das Gesetz ausdrücklich erheischt; so liegt auch in dem Zwecke der Bekanntmachung kein Grund für ihre Ausdehnung auf die Art der Auseinandersetzung der Mitglieder der Gesellschaft. Dieser Zweck ist kein anderer, als der, daß dadurch

der Zeitpunkt der Aufhebung der Societät festgestellt und eines Theils dem Gläubiger, an den sie gerichtet ist, die Gewißheit hierüber bereitet werde, damit er wegen Erlangung seiner Befriedigung die erforderlichen Schritte thun könne, indem ihm hierzu zugleich vom Gesetz eine Frist gesetzt wird, binnen welcher er die Societäts-Mitglieder einzeln auf den ganzen Betrag seiner Forderung soll belangen können, und daß anderen Theils auch die Mitglieder der Societät in der Bekanntmachung an ihre Gläubiger ein Mittel finden sollen, sich gegen eine immerwährende persönliche Verhaftung für die Schulden der Societät, ihrem ganzen Betrage nach zu schützen, indem sie durch erstere die Gläubiger zur Geltendmachung ihrer Ansprüche binnen Jahresfrist provociren. Nach beiden Richtungen hin genügt aber die einfache Bekanntmachung, daß die Gesellschaft sich auflöse oder bereits aufgelöset habe, denn von dieser Bekanntmachung an soll binnen Jahresfrist in den Rechten der Gläubiger und den Verbindlichkeiten der Mitglieder keine Aenderung eintreten, der Zustand, wie er zur Zeit des Bestehens der Societät war, soll aufrecht erhalten werden und dafür bedarf es einer Benachrichtigung über die Art und das Verhältniß der Theilung der Activa und Passiva eben nicht. Eine solche Mittheilung an die Gläubiger ist nach §. 310. a. a. O. aber auch für die Zeit nach Ablauf der einjährigen Frist nicht erforderlich; denn klagt der Gläubiger während dieser Frist seine Forderung nicht gegen eines der früheren Mitglieder aus, so soll der Nachtheil der Säumniß für ihn darin bestehen, daß er jedes Mitglied nur nach Verhältniß seines an der Societät gehabten Antheils, nicht aber auf den Antheil, den dasselbe bei der Aufhebung der Societät an den Activis und Passivis durch die Theilung erlangt hat, soll belangen können und es kann daher die Bekannt-

machung über diese Art und das Verhältniß der Theilung dem Gläubiger gar nicht von Nutzen sein, wenn dasselbe Verhältniß nicht zufällig mit dem Theilnahme-Verhältniß übereinstimmt, in welchem die Mitglieder während der Societät zu einander gestanden haben. — In der Bekanntmachung über die Aufhebung der Societät kann überhaupt nicht der Zweck gesucht werden, dem Gläubiger nähere Andeutungen über die Verfolgung seiner Ansprüche an die einzelnen Mitglieder, nach Ablauf der einjährigen Frist, zu geben, da es genügte, daß das Gesetz den Nachtheil andeutete, der den Gläubiger treffen solle, wenn er von der ihm gegebenen Frist keinen Gebrauch mache, binnen welcher die Auflösung der Gesellschaft in seinen Rechten nichts ändern sollte; nach Ablauf dieser Frist konnte es dem Gläubiger überlassen bleiben, wie er seine Klage gegen das einzelne Mitglied durch den Nachweis seines an der Societät gehabten Antheils werde zu substantiiren vermögen.

Wenn aus diesen Gründen die Vernichtung der Appellations-Entscheidung sich als gerechtfertigt darstellt, alsdann mußte auch in der Hauptsache das erste Erkenntniß, wie geschehen, abgeändert werden. Denn der Verklagte hat dem Anspruche des Klägers, der nach dem Obigen gegen ihn nur auf den an der Societät gehabten Antheil und im Verhältniß dessen gerichtet werden kann, da der Kläger die einjährige Frist hat verstreichen lassen, ohne die Klage gegen den Verklagten anzustellen, den Einwand entgegengesetzt, daß er Theilnehmer zur Hälfte an der Societät, die außer ihm nur einen Theilnehmer in G. gehabt habe, gewesen sei und Kläger selbst hat ein höheres Theilnahme-Verhältniß des Verklagten weder behauptet, noch dargethan. Da nun Kläger von der ursprünglich . . . 131 Thlr. 25 Sgr. 6 Pf. betragenden Forderung an die So-

cietät, wie er selbst in der Klage angiebt, von dem Verklagten . . 58 Thlr.
erhalten hat, die Hälfte obiger Summe aber . . . . 65 Thlr. 27 Sgr. 9 Pf.
beträgt, so kann Kläger an den Verklagten sich jetzt nur auf Höhe von noch . . . . 7 Thlr. 27 Sgr. 9 Pf.
halten und war auf diesen Betrag also, zu dessen Entrichtung Verklagter sich in zweiter Instanz für verpflichtet erklärt hat, die erste Entscheidnng zu ermäßigen und mit dem Mehrgeforderten der Kläger abzuweisen, denn es spricht auch das Gesetz, im §. 2. Tit. 17. Thl. I. A. L. R., nur für ein gleiches Theilnahme-Verhältniß der Mitglieder einer Gemeinschaft und wäre es daher jedenfalls Sache des Klägers gewesen, den Beweis zu führen, daß und zu welchem höheren Antheile der Verklagte Mitglied der aufgelösten Societät gewesen sei.

№ 9.

Gewährs-Ansprüche bei Pachtungen.

Ob die Vorschriften der §§. 623—625. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. auf alle Pachtverträge ohne Unterschied des Gegenstandes oder nur auf Pachtverträge über Landgüter anzuwenden sind?

Voraussetzungen und Bedingungen zur Anwendung der §§. 343—345. Thl. I. Tit. 5. A. L. R.

Der Verklagte hat in seiner Eigenschaft als General-Pächter der Domainen G. und Sch. mit dem Kläger unter dem

12. Juli 1843 einen Vertrag geschlossen, durch welchen dem Letzteren die Sommer- und Winterfischerei auf dem Gelliner Vor- und Hinter-See, die Gras-, Rohr und Schilfnutzungen an den Ufern und Werdern des Gelliner Sees, sowie die Weidefläche, welche bis dahin an die Colonisten zu A. und W. verpachtet gewesen, verpachtet sind. Dieser Pachtvertrag, ursprünglich bis Johannis 1847 abgeschlossen, ward demnächst unter dem 30. September 1846 bis Johannis 1853 verlängert und ist mit diesem Zeitpunkte aufgelöst.

In dem vorliegenden Processe tritt Kläger mit Entschädigungs-Ansprüchen auf, welche aus diesem aufgelösten Pachtverhältnisse abgeleitet werden. Kläger behauptet, Verklagter habe

1) eine ihm mitverpachtete Wiesenfläche von 39 Morgen 34 □Ruthen nicht übergeben. Diese Wiesenfläche habe sich beim Beginn der Pacht im Jahre 1853 im Pachtbesitze der Colonisten zu W. befunden und sich in diesem Besitze bis Johannis 1853 erhalten, so daß es auch dem Verklagten nicht möglich gewesen, ihn (den Kläger) in den Besitz der Wiese zu setzen. Eben so soll es sich
2) mit einer am Schleusen-Kathen belegenen Wiese verhalten, welche sich während der ganzen Pachtperiode in dem Pachtbesitze eines Dritten befunden, dem Kläger also nicht übergeben sei. Es wird
3) behauptet, daß bei der im Jahre 1847 in A. stattgefundenen Gemeinheitstheilung eine bis zu dieser Zeit zum Gelliner See gehörige und bis dahin vom Kläger benutzte Wiesenfläche den Colonisten zu A. zugewiesen und übergeben, dem Kläger also entzogen sei.
4) Im §. 9. des Pachtvertrages hat sich der Verklagte verpflichtet, innerhalb acht Tagen bei der Regierung

zu Cöslin Anträge darauf zu machen, daß für die Graswerbungen Trockenplätze angewiesen werden. Es wird behauptet, daß Verklagter diese Anträge nicht gemacht und als Folge davon Kläger die Trockenplätze entbehrt habe.

Die Entschädigung, welche Kläger in Anspruch nimmt, ist überhaupt auf 672 Thlr. berechnet und auf deren Zahlung mit Zinsen der Antrag gerichtet.

Durch die Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Flatow vom 9. Januar 1855 und des Appellations-Gerichts zu Marienwerder vom 1. November 1855 ist Kläger mit der Klage abgewiesen.

Weder der erste, noch der zweite Richter sind auf eine Prüfung der Ansprüche selbst eingegangen, der Kläger ist mit solchen nur deshalb abgewiesen, weil angenommen ist, daß ihm die Verjährung entgegenstehe.

Die Ausführung des Appellations-Richters läßt sich darauf zurückführen, daß die §§. 623—625. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. auf das vorliegende Pachtverhältniß anwendbar seien und deshalb Kläger, da er den Gewährsmangel während der Dauer des Pachtvertrages nicht gerügt und die Klage nicht rechtzeitig angemeldet, nicht befugt sei, Entschädigungs-Ansprüche geltend zu machen, wobei denn auch auf die §§. 343—345. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. Bezug genommen ist. Hinsichts des Anspruchs zu 1 ist noch besonders hervorgehoben, daß Kläger durch die unter dem 30. September 1846 erfolgte Prolongation des Pachtvertrages vom 12. Juli 1843 mit der contractmäßigen Ausführung desselben sich zufrieden erklärt haben müsse, weil er sonst auch die Erledigung des Gewährsmangels, welchen er bereits drei Jahre vorher erlitten haben will, gerügt haben würde.

Gegen diese Entscheidung ist die Nichtigkeits-Beschwerde

eingelegt, dieselbe auch vom dritten Senat des Ober-Tribunals durch Urtel vom 20. Juni 1856 für begründet erklärt, das Appellations-Urtel vernichtet und die Sache selbst mit Verwerfung des Einwandes der Verjährung in die erste Instanz zurückgewiesen.

Gründe.

Der Appellations-Richter, dem ersten Richter beitretend, hat die Klage zurückgewiesen, weil er dieselbe für verjährt erachtet. Er hat sich deshalb auf die Vorschriften des A. L. R. in den §§. 623—625 Thl. I. Tit. 21. und gleichzeitig auf die §§. 343—345. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. bezogen. Wie sich der Appellations-Richter die Beziehungen jener Vorschriften zu den Letzteren gedacht hat, und welche rechtliche Folgerungen derselbe aus jenen und welche aus diesen Vorschriften in Anwendungen auf den vorliegenden Fall gezogen wissen will, ist aus den Entscheidungsgründen nicht zu entnehmen. Es kann dies jedoch dahin gestellt bleiben, weil weder die §§. 623—625. Thl. I. Tit. 21. noch die §§. 343—345. Tit. 1. A. L. R. richtig angewendet und überhaupt auf den vorliegenden Fall anzuwenden sind.

Die §§. 623—625. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. stehen in dem mit dem §. 399. beginnenden Abschnitte des Tit. 21. welcher von Pachtungen der L a n d g ü t e r handelt, also von solchen Grundstücken, mit welchen, wie im §. 400. gesagt ist, Ackerbau und Viehzucht verbunden ist. Die gedachten Vorschriften nehmen aber nicht bloß ihre Stelle in der Reihe der für Verpachtung von Landgütern gegebenen Gesetze ein, auch die Fassung jener Vorschriften führt mit Nothwendigkeit darauf hin, daß es sich bei diesen Vorschriften lediglich von Landgütern handelt, da dieselben nur darüber Bestimmungen geben, wie es gehalten werden soll, „wenn der Pächter eines L a n d g u t s Gewährsmängel an dem i h m v e r p a ch-

teten **Rubriken** zu bemerken glaubt." Ohne daher mit dem §. 46. der Einleitung zum A. L. R. in auffallenden Widerspruch zu treten, kann es nicht zulässig sein, jene Vorschriften auch dann anwenden zu wollen, wenn ein Landgut nicht verpachtet ist. Von der Pachtung eines Landguts im Sinne des Gesetzes handelt es sich aber im vorliegenden Falle nicht; es ist nicht behauptet, daß auf den dem Kläger verpachteten Gegenständen Ackerbau und Viehzucht getrieben wird; die natürliche Beschaffenheit der verpachteten Gegenstände schließt dies vielmehr von selbst aus. Der Hauptgegenstand des vorliegenden Pachtvertrages bildet die Fischerei auf dem Gelliner See, so wie Gras-, Rohr- und Schilfnutzungen. Außerdem ist zwar noch eine Weidefläche verpachtet, und daraus ließe sich allenfalls folgern, daß diese Weidefläche für den Betrieb der Viehzucht geeignet sei; es kommt aber nicht bloß auf **Viehzucht** an, es muß gleichzeitig **Ackerbau** getrieben werden.

Was von dem Appellations-Richter für die Anwendbarkeit jener Vorschriften auf **alle** Pachtverhältnisse ohne Unterschied des Gegenstandes geltend gemacht ist, daß es bei **allen** Pachtverträgen darauf ankomme, diejenigen Schwierigkeiten und Weiterungen zu beseitigen, welche bei Auflösung eines Pachtverhältnisses entstehen können, kann daher nicht für zutreffend erachtet werden. Abgesehen davon, daß dies, wie bemerkt, schon mit der Wortfassung des Gesetzes in Widerspruch steht, so muß es auch einleuchten, daß die Schwierigkeiten, welche allerdings bei Auflösungen eines Pachtverhältnisses entstehen können, zwar bei Grundstücken, mit welchen Ackerbau und Viehzucht verbunden, und wo die Pachtung verschiedene Rubriken umfaßt, schwerlich aber bei Verpachtung einzelner zu anderen Zwecken dienender Grundstücke oder der Fischerei eines See's entgegentre-

ten werden. Der Zweck, welcher durch die §§. 623 ff. erreicht werden soll, spricht also gerade gegen die Annahme des Appellations-Richters. Der Appellations-Richter hat sich zwar auch auf die §§. 343. und 344. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. bezogen, um die Behauptung zu widerlegen, daß §. 623. Thl. I. Tit. 21. nur auf ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden, sowie mit Inventarienstücken versehenes ländliches Grundstück Anwendung finde, da die §§. 343. und 344. Thl. I. Tit. 5. unter dem Ausdrucke „Landgüter" überhaupt ländliche Grundstücke im Gegensatz von städtischen Grundstücken verstehen. In solcher Weise läßt sich aber nicht darthun, daß der §. 623. Thl. I. Tit. 21. auf alle ländliche Grundstücke ohne Unterschied Anwendung finde. Denn, was das Gesetz im Tit. 21. unter dem Ausdruck „Landgut" verstanden wissen will, ist im §. 400. unzweideutig gesagt und hiernach klar, daß die §§. 623 u. ff. zu denjenigen Vorschriften gehören, welche von Pachtungen besonderer Art und von solchen sprechen, die wegen der Wichtigkeit des Gegenstandes und der dabei vorkommenden Verwickelungen besonderer Bestimmungen bedürfen.

Sind sonach die §§. 623 ff. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, so kann sich nur fragen, ob die §§. 343 u. ff. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. richtig angewendet sind. Aber auch diese Frage muß verneint werden.

Die §§. 343—345. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. handeln von der Zeit, binnen welcher die Gewährsleistung gefordert werden muß. Vor allem muß daher feststehen, daß der Fall einer Gewährsleistung vorliegt. In dieser Beziehung liegen die vier von dem Kläger geltend gemachten Ansprüche nicht völlig gleich; sie müssen daher einzeln in Erwägung gezogen werden.

Zu 1. und 2. der Ansprüche wird von dem Kläger

behauptet, daß beim Beginn der Pachtung zwei ihm mitverpachtete Wiesenflächen an dritte Personen verpachtet gewesen und während der ganzen Pachtperiode in deren Pachtbesitz geblieben sind. Diese Wiesenflächen sollen also dem Kläger nicht übergeben sein. Auf einen solchen Fall finden aber die §§. 343 ff. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. keine Anwendung. Diese Vorschriften sprechen von Gewährleistung wegen Fehler und Mängel an der übergebenen Sache. Sie setzen also voraus, daß die Sache selbst übergeben, aber demnächst Fehler, Mängel, Gewährsmängel zum Vorschein gekommen, etwas davon entnommen, entwährt worden und wegen eines solchen Gewährsmangels Ersatz gefordert wird. Ein wesentlich verschiedener Fall liegt aber vor, wo das Versprochene nicht geleistet, dasjenige nicht übergeben sein soll, was vertragsmäßig übergeben werden sollte. In einem solchen Fall handelt es sich von der Klage auf Erfüllung des Vertrages und der Schadensanspruch wird eben darauf gegründet, daß die versprochene Sache nicht übergeben, die Uebergabe mindestens unvollständig erfolgt ist. Ein solcher Anspruch unterliegt aber nicht der Verjährung in der kurzen Frist der §§. 343 ff.; er findet vielmehr so lange statt, als überhaupt Klagen aus Contracten dauern. Anlangend den Anspruch

zu 3., so beruht derselbe darauf, daß bei der im Jahre 1847 in A. ausgeführten Gemeinheitstheilung dem Kläger von den ihm verpachteten und übergebenen Grundstücken eine Wiesenfläche entzogen und den Colonisten zu A. zugemessen und übergeben sein soll. Da dies im Wege der Gemeinheitstheilung geschehen sein soll, so folgt, daß die fragliche Wiesenfläche in das Eigenthum der Colonisten zu A. übergegangen sein muß. Hiernach würde der Fall vorliegen, daß ein Theil der verpachteten Sache zwar überge-

ben, hiernächst aber von einem Dritten entwährt ist. An sich würde hieraus ein Gewährs-Anspruch abzuleiten sein. Durch den Plenarbeschluß vom 21. Juni 1847 ist jedoch der Grundsatz festgestellt, daß, wenn nur ein Theil der Sache entwährt ist, die kurzen Verjährungsfristen nur in dem Falle Anwendung finden, wenn der Uebernehmer aus der Entwährung einen Mangel des Ganzen geltend macht und demgemäß von dem ganzen Vertrage zurücktreten will. Diese Voraussetzung liegt in dem vorliegenden Falle nicht vor, es können also auch die kürzeren Verjährungsfristen auf solchen nicht anwendbar gefunden werden. Nicht minder unbedenklich ist aber endlich, daß der Anspruch

zu 4. nicht unter die Vorschriften der §§. 343—345. Thl. I. Tit. 5. subsumirt werden könne. Der Verklagte hat sich vertragsmäßig verpflichtet, bei der Regierung zu Cöslin Anträge darauf zu machen, daß für die Graswerbung Trockenplätze angewiesen werden. Der Verklagte soll diese Anträge nicht gemacht haben und der Kläger fordert Vergütung des Schadens, welcher ihm daraus erwachsen, daß er die Trockenplätze entbehrt hat. Bei diesem Anspruche kann von Gewährsleistung gar nicht die Rede sein. Der leitende Grundsatz für die Gewährsleistung ist im §. 318. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. dahin aufgestellt, daß ein Theil dem Andern dafür haften muß, daß sich derselbe der gegebenen Sache nach der Natur und dem Inhalte des Vertrages bedienen könne. Von einer gegebenen und zu gebenden Sache handelt es sich aber nicht; der Verklagte hat sich überhaupt nicht zum Geben einer Sache, er hat sich nur zu einer Handlung verpflichtet. Wenn daher dem Kläger daraus, daß der Verklagte diese Handlung unterlassen, ein Schade erwachsen ist, so kann dieser Schade nicht aus dem Gesichtspunkte einer Gewährsleistung geltend gemacht wer-

den, sondern nur deshalb, weil der Verklagte die in dem Vertrage übernommene Handlung unterlassen, also den Vertrag nicht erfüllt hat. Auf einen solchen Fall sind aber die Vorschriften der §§. 343 u. ff. nicht berechnet und es finden deshalb nicht die in solchen bestimmten kurzen Fristen, sondern nur die gewöhnliche Verjährung Anwendung.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß die Entscheidung des Appellations-Richters auf unrichtigen Rechtsgrundsätzen beruht; sie hat deshalb vernichtet werden müssen. Seitens des Imploraten ist zwar behauptet worden, daß die Entscheidung des Appellations-Richters mindestens hinsichts des Anspruchs zu 1. aufrecht erhalten werden müsse, weil in soweit ein besonderer Entscheidungsgrund aufgestellt und dieser nicht angegriffen sei. Diese Behauptung hat jedoch keinen Grund. Der Appellations-Richter hat ausführlich sich darüber ausgesprochen, daß und aus welchen Gründen der Anspruch für verjährt zu achten sei. Nach dem Schlusse der diesfallsigen Ausführung ist sodann noch wörtlich beigefügt:

> Man dürfe insbesondere zugleich nicht unbeachtet lassen, daß Kläger durch die unter dem 30. September 1846 erfolgte Prolongation des Pachtvertrages vom 12. Juli 1846 mit der contractmäßigen Ausführung desselben sich zufrieden erklärt haben müsse, weil er sonst auch die Erledigung des Gewährsmangels, welchen er bereits drei Jahre vorher erlitten haben will, gerügt haben würde.

Schon diese Fassung muß aber Ueberzeugung davon geben, daß hierin ein selbstständiger Entscheidungsgrund nicht zu finden ist, sowie denn auch hier ein Gewährsmangel als vorhanden vorausgesetzt wird, von welchem aber nach richtiger Auffassung des Rechtsverhältnisses nicht die Rede sein kann.

Anlangend die Entscheidung in der Hauptsache, so hat

auch der erste Richter lediglich den Einwand der Verjährung für begründet erklärt, ohne die Ansprüche selbst zur Erwägung zu ziehen und dieselben nach ihrer thatsächlichen und rechtlichen Begründung der Prüfung zu unterziehen. Die Entscheidung hat sich deshalb darauf beschränken müssen, den Einwand der Verjährung zu verwerfen und die Sache selbst in die erste Instanz zurückzuweisen.

№ 10.

Beurtheilung der Schuldfrage bei der Ehescheidung, insbesondere der böslichen Verlassung.

1) Zulässigkeit einer freien Prüfung des Ehescheidungsgrundes in der höheren Instanz, wenn auch bloß über die Schuldfrage ein Rechtsmittel eingelegt wird, während die aus demselben Grunde erkannte Scheidung in Rechtskraft übergegangen ist.
2) Feststellung der böslichen Verlassung nach den, außer der Nichtbefolgung des gerichtlichen Befehls, vorhandenen Umständen.

A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §§. 679., 680., 682.
A. G. O. Thl. I. Tit. 13. §. 38.
Verordnung über das Verfahren in Ehesachen vom 28. Juni 1844. (Ges. Samml. S. 184 ff.) §. 67.
Einleitung zum A. L. R. §. 12.

Die Parteien (L. v. S. und Elisabeth, geb. v. B.) haben sich in Berlin im Jahre 1838 als Preußische Unter-

thanen verheirathet. Sie sind evangelisch, bereits in vorgerückten Jahren und kinderlos. Sie haben an verschiedenen Orten, meistens im Oesterreichischen, gelebt, in neuerer Zeit hat der Kläger in Breslau seinen Wohnsitz genommen und, da ihm seine Frau dorthin nicht folgen will, am 14. Juli 1854 bei dem Stadtgericht zu Breslau ein Mandat extrahirt, daß sie sich zu ihm begebe. Es ist darauf, zufolge Requisition des gedachten Gerichts, bei dem K. K. Bezirksgericht der Neustadt Prag am 12. September 1854 unter Zuziehung eines evangelisch-lutherischen Pastors (nach §§. 61., 62. der Verordnung vom 28. Juni 1844) der Versuch einer Herstellung des ehelichen Zusammenlebens gemacht und bei der ausgesprochenen Weigerung der Verklagten derselben der in eventum mitgesandte Rückkehr-Befehl d. d. 14. Juli 1854 behändigt. Sie wandte sofort einmal ihre Eigenschaft als östreichische Unterthanin ein, als welche sie den preußischen Gesetzen nicht unterworfen sein könne, und hat in dieser Beziehung später eine Urkunde der Königlichen Regierung zu Liegnitz vom 11. Januar 1846 beigebracht, wonach sie für ihre Person aus dem preußischen Unterthanen-Verbande entlassen ist; anderer Seits berief sie sich darauf, daß sie bei dem K. K. Bezirksgerichte zu Kollin bereits ihrer Seits Ehescheidungsklage erhoben und in Folge dessen Erlaubniß erhalten habe, einen getrennten Wohnsitz in Prag zu nehmen.

Am 2. October 1854 erhob der Kläger — unter Beibringung eines Attestes des Breslauer Geistlichen K. über die mit ihm abgehaltene Sühne — Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung und suchte dieselbe (mit Bezug auf §. 67. der Verordnung) unter Darstellung des ganzen Verlaufs des ehelichen Lebens der Parteien als in der That vorhanden zu zeigen. —

Die Verklagte, welche von dem Pfarrer M. zu Prag inzwischen zu einem anderweiten Sühneversuch vorbeschieden war, sich aber nicht gestellt, sondern schriftlich die Wiedervereinigung abgelehnt hatte, beschränkte sich in ihrer Klagebeantwortung auf die Einreden der Incompetenz und der Rechtshängigkeit und führte aus, daß von einer böslichen Verlassung unter allen Umständen so lange nicht die Rede sein könne, als nicht festgestellt sei, daß die ihr von den österreichischen Gerichten gegebene Erlaubniß, getrennt zu wohnen, zur Ungebühr geschehen.

Das Stadtgericht zu Breslau hat unterm 22. Juni 1855 ohne weitere Erörterung die Ehe getrennt, die Verklagte für den schuldigen Theil erklärt, und zur Herausgabe des vierten Theils ihres Vermögens als Ehescheidungsstrafe verurtheilt.

In den Erkenntnißgründen wird, nachdem das Gericht sich zunächst über die Zulänglichkeit des Sühneversuchs ausgesprochen, ausgeführt, daß der Gerichtsstand der Verklagten in Breslau begründet, ein stattgefundenes Einschreiten der österreichischen Gerichte deshalb unerheblich sei, daß die Verklagte ihrem Manne nach Breslau habe folgen müssen, und daß neben dem Rückkehr-Befehle vom 14. Juli 1854 das wirkliche Vorhandensein einer böslichen Verlassung aus ihren Erklärungen, namentlich in der Prager Verhandlung vom 12. September 1854, deutlich hervorgehe.

Verklagte appellirte unter ausführlicher Rechtfertigung ihrer in der Klagebeantwortung enthaltenen Einreden. Nach eingegangener Beantwortung der Appellations-Schrift zeigte sie jedoch an: daß sie die Appellation gegen Trennung der Ehe zurücknehmen und ihre Beschwerden nur wegen der Verschuldung, wegen der Ehescheidungsstrafe und wegen des Kostenpunktes verfolgen wolle. Der Civil-Senat des Ap-

pellations-Gerichts zu Breslau hat hierauf durch Erkenntniß vom 29. December 1855 den Kläger mit seinem Antrage, die Verklagte für den allein schuldigen Theil zu achten und sie zur Herausgabe des vierten Theils ihres Vermögens, als Ehescheidungsstrafe, an ihn zu verurtheilen, abgewiesen. In den Gründen wird gesagt:

Die Scheidung sei durch Zurücknahme der Appellation dagegen rechtskräftig geworden. Es stehe der Verklagten frei, wegen der Schuldfrage besonders zu appelliren. Dabei führe sie aus, daß der behauptete Ehescheidungsgrund, die bösliche Verlassung, in der That hier nicht Platz greife, und hierunter müsse derselben beigetreten werden. Denn sie habe durch das K. K. Bezirksgericht zu Kollin die Erlaubniß erhalten, von ihrem Manne getrennt zu leben, und zwar schon früher, ehe sie durch das Stadtgericht zu Breslau zur Rückkehr zu ihrem Manne aufgefordert sei. Wenn sie nun erkläre, von dieser Erlaubniß Gebrauch zu machen, und deshalb sich nicht verpflichtet halte, der Aufforderung eines preußischen Gerichts nachzukommen, so könne man nicht sagen, daß sie sich beharrlich geweigert habe, zum Kläger zurückzukehren, und daß sie also denselben böswillig verlassen habe. (§§. 688. 677. A. L. R. Thl. II. Tit 1.) Die Weigerung der Verklagten, zu ihrem Ehemanne, dem Mandate des Breslauer Gerichts gemäß, zurückzukehren, könne nach §. 82. A. G. O. Thl. I. Tit. 2. nur für unbegründet erachtet werden, aber es komme der Verklagten bei der Beurtheilung, ob sie bei ihrer Weigerung die böswillige Absicht gehabt, die Rechte des Klägers zu kränken, die entgegengesetzte Verfügung des Gerichts zu Kollin zu statten, so daß der bisherigen Weigerung der Charakter der Böswilligkeit und Beharrlichkeit für jetzt noch nicht beigelegt werden könne. Das vom ersten Richter angenommene Funda-

dament der Scheidung sei also nicht vorhanden und wenn es gleich bei der rechtskräftig gewordenen Ehetrennung verbleiben müsse, so könne doch die Verklagte nicht in die Ehescheidungsstrafen verurtheilt werden, welche nur die Folgen der rechtlich begründeten Scheidung seien. (§. 745. A. L. R. Thl. II. Tit. 1.)

Für den Kläger ist in der Revisions-Schrift die Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses beantragt, hauptsächlich hervorgehoben, daß die Verklagte, wenn sie die Trennung der Ehe bestehen lasse, auch ferner den Grund der Trennung gelten lassen müsse, und sodann das wirkliche Vorhandensein einer böslichen Verlassung festgehalten.

Die Verklagte hat in ihrer Beantwortung noch eine Reihe von Thatsachen — schwere Beleidigungen, Mißhandlungen, gefährliche Drohungen, ein Ekel erregendes Gebrechen — angeführt, um zu zeigen, daß sie ihrer Seits Grund zur Scheidung gehabt und ihr ein Uebergewicht der Schuld nicht zur Last fällt.

Der erste Senat des Ober-Tribunals hat am 2. Juni 1856 das Appellations-Erkenntniß bestätigt, aus folgenden

Gründen.

Die Einreden der Incompetenz und Litispendenz, worüber in der Sache viel gestritten worden, sind an sich erledigt. Die Verklagte hat sich bei der vom ersten Richter ausgesprochenen Ehescheidung beruhigt und wegen der Schuldfrage Appellation eingelegt. Dabei hat sie obgesiegt und, da nur ein Scheidungsgrund, die bösliche Verlassung, in Frage steht, so ist die Sache in die Lage gekommen, daß ein und dieselbe Thatsache, wenigstens ihrer rechtlichen Bedeutung nach, in den verschiedenen Instanzen, einmal — in Bezug auf die Scheidung — für richtig, einmal — in Bezug auf die Verschuldung — für unrichtig erachtet worden.

Das, meint der Kläger, sei ganz unstatthaft und die Verklagte müsse die Thatsache, auf welche sie rechtskräftig geschieden worden, auch bei der Schuldfrage als maaßgebend anerkennen.

Es ist nicht ohne Gewicht, wenn gesagt wird: die Regel, daß eine Partei sich bei einer nachtheiligen Entscheidung theilweis beruhigen, theilweis dieselbe anfechten könne, ja daß der Richter nach dem Widerspruche nicht zu fragen habe, wenn eine Partei von mehreren, auf derselben Grundlage beruhenden Ansprüchen den einen einräume, den anderen bestreite, gelte nur da, wo der Gegenstand zur freien Verfügung der Partei stehe. In Ehescheidungssachen stellten sich die Modificationen als nothwendig dar, welche durch das öffentliche Interesse bedingt würden. In diesem Interesse sei der leitende Grundsatz: daß Ehescheidungen nur aus den gewichtigsten Gründen stattfinden dürfen, willkürliche Vereinbarungen der Parteien darüber nicht zugelassen werden und übereilten und leidenschaftlichen Entschlüssen und Erklärungen entgegenzutreten sei, — namentlich durch eine besondere Beweistheorie gesichert. Nach §. 40. der Verordnung vom 28. Juni 1844 greife die gemeinhin aus dem Zugeständnisse hervorgehende formale Wahrheit in Ehescheidungssachen nicht durch, es komme auf die richterliche Ueberzeugung an. Ebenso sei nach §. 41. ibid. die Eidesdelation beschränkt. Die Folge der Contumaz sei zufolge §. 44. ibid. eine andere als die gewöhnliche. Der §. 67. ergebe, daß die bösliche Verlassung nicht durch die bloße Nichtbefolgung des gerichtlichen Befehls festgestellt werden könne. Die Folgen der Ehescheidung berührten nun freilich nicht in gleichem Maaße das öffentliche Interesse, die vermögensrechtlichen namentlich ständen im Ganzen zur Disposition der Parteien und in Bezug darauf sei an sich kein Grund

ersichtlich, die Parteien im öffentlichen Interesse zu beschränken. Immer aber könne eine Thatsache, wie sie naturgemäß nicht zugleich wahr und falsch sein könne, in den verschiedenen Beziehungen, in denen sie im Ehescheidungsprozesse vorkomme, nicht ungleich behandelt werden und es erscheine unzulässig, daß eine Partei dieselbe Thatfrage als Ehescheidungsgrund anders auffasse und geltend mache, wie in Bezug auf die Schuldfrage und Vermögens-Auseinandersetzung, was übrigens, für zulässig angenommen, in einer und derselben Instanz eben so gut angehen würde, wie in verschiedenen. Es wäre eine tiefe Verletzung der materiellen Gerechtigkeit und führte geraden Weges auf eine Täuschung des Staats-Interesses und der mit dessen Wahrnehmung betrauten Organe, wollte man einer Partei gestatten, sich erst der Ehescheidung zu versichern und nachher, im Widerspruch mit concludenten Handlungen oder gar ausdrücklichen Erklärungen, zum Behuf der Vermeidung von Vermögensnachtheilen auszuführen, daß der Ehescheidungsgrund doch nicht in der Wahrheit begründet sei.

Dieser nicht unscheinbaren Argumentation steht aber Folgendes entgegen: Allerdings läßt sich nicht gleichzeitig ein und derselbe Umstand auf verschiedene Weise thatsächlich feststellen oder rechtlich qualificiren; der Richter, welcher aus bestimmten Thatsachen einen Ehescheidungsgrund entnimmt, muß die Schuldfrage nach der angenommenen Beschaffenheit des Scheidungsgrundes in Gemäßheit der Vorschriften §§. 747—750., 785 ff. A. L. R. Thl. II. Tit. 1. ebenfalls entscheiden, insofern nicht im Wege des Einwandes oder der Widerklage in Bezug auf die Verschuldung andere Thatsachen dargelegt werden, deren eventuelle Geltendmachung in dieser Beziehung der, der Scheidung principaliter widersprechenden Partei nicht verschränkt werden darf.

Das gilt aber nur von derselben Instanz bei gleichzeitiger Urtelsfindung über die Scheidung und die im §. 51. Allg. Gerichtsordn. Thl. I. Tit. 40. bezeichneten Nebenpunkte. Unzweifelhaft kann über die Schuldfrage allein appellirt werden. (Präj. Nr. 1471. Pr. Samml. pag. 255.)

Die Ehescheidung selbst tritt dann in Rechtskraft, wie denn im vorliegenden Falle kein Bedenken dagegen zu erheben gewesen wäre, der Verklagten ein Attest der Rechtskraft des ersten Urtels im Betreff der Scheidung selbst zu ertheilen und ihre anderweite Verheirathung geschehen zu lassen. Wenn nun aber dem Richter der höheren Instanz bloß die Schuldfrage vorliegt, so ist er durch das Gesetz nicht nur nicht behindert, dieselbe völlig frei zu prüfen und zu entscheiden, sondern er hat dazu durch die Vorschrift des §. 38. A. G. O. Thl. I. Tit. 13., wonach die Entscheidungsgründe, also die Auffassungen des vorigen Richters in Betreff der thatsächlichen und rechtlichen Klagefundamente, die Rechtskraft nicht beschreiten, noch eine bestimmte Berechtigung; er muß also, wenn er den Scheidungsgrund für unbewiesen oder für rechtlich unzulänglich hält und befindet, daß nicht hätte geschieden werden sollen, folgerichtig von dem vorigen Urtel das aufheben, was noch nicht die Rechtskraft beschritten hat, und, wenn er gleich die Scheidung selbst nicht aufheben kann, doch die daran für den, seines Erachtens mit Unrecht Verurtheilten geknüpften Nachtheile beseitigen. Will man in einem solchen, allerdings in sich widersprechenden, Gesammt-Ergebnisse einen Uebelstand finden, so ist dessen Verhütung Aufgabe der Gesetzgebung. Eine weitere Erwägung darüber gehört nicht hierher, doch mag die Bemerkung Platz finden, daß, wenn einmal eine Ehe geschieden ist, ein staatliches und öffentliches Interesse an Aufrechthaltung der Consequenz in den Nebenpunkten,

namentlich den vermögensrechtlichen Folgen, nicht wohl ersehen werden kann.

Demnach war es also Aufgabe des Appellations-Richters und ist jetzt Gegenstand der Prüfung, ob eine bösliche Verlassung nach §. 680. A. L. R. Thl. II. Tit. 1. der Verklagten in der That zur Last fällt?

Darauf kann sich der Kläger freilich nicht berufen, daß die Entlassung der Verklagten aus dem preußischen Unterthanen-Verbande ohne seine Zustimmung geschehen sei. Einmal ist nicht anzunehmen, daß letztere von der Behörde nicht erfordert sein werde, und außerdem von der Verklagten bestimmt behauptet, daß über jene Entlassung auf Grund einer vom Kläger genehmigten General-Vollmacht an den Justizrath G. verhandelt sei; auch lag zu der Entlassung in der Erwerbung größeren Grundbesitzes im Oesterreichischen von Seiten der Verklagten guter Grund vor. Gleichwohl dauern die durch Schließung der Ehe übernommenen persönlichen Verpflichtungen der Verklagten gegen ihren Mann fort. Dieser ist, obschon er längere Zeit mit der Verklagten an verschiedenen Orten im Oesterreichischen gelebt hat, preußischer Unterthan geblieben, hat neuerlich in Breslau sein Domicil genommen und die gesetzliche Pflicht der Frau, ihm zu folgen, — §. 679. A. L. R. Thl. II. Tit. 1. — derselben weder in der §. 682. a. a. O. bezeichneten Weise vertragsmäßig vor der Heirath erlassen, noch ist ein solcher Erlaß als nothwendige Consequenz der Gestattung ihres Ausscheidens aus dem preußischen Unterthanen-Verbande anzuerkennen, dessen Zulässigkeit in der geschehenen Art gegenwärtig dahingestellt bleiben muß. Immer aber begründet die bloße Nichtbefolgung des Mandats vom 14. Juli 1854 den Ehescheidungsgrund aus §. 680. a. a. O. noch nicht, der Richter soll vielmehr nach §. 67. der Verordnung

vom 28. Juni 1844 nach allen Umständen das wirkliche Vorhandensein einer böslichen Verlassung besonders prüfen und feststellen. Eine solche Prüfung hat der Appellations-Richter angestellt und wenn er dabei zu dem Resultate gelangt, daß Verklagte sich nicht in jenem Falle befinde, so erscheint dies völlig sachgemäß. Denn unstreitig hat die Verklagte von den österreichischen Gerichten die Erlaubniß erhalten, getrennt von ihrem Manne in Prag zu wohnen. Daß diese Erlaubniß nicht hätte ertheilt werden sollen, ist freilich nach dem Obigen anzunehmen. Wenn aber die Verklagte sich danach gerichtet hat, so kann ihr der dabei begangene Rechtsirrthum nicht im Sinne des §. 12. der Einleitung zum A. L. R. zum Nachtheil gereichen, vielmehr ist das thatsächliche Moment entscheidend, daß sie in gutem Glauben gehandelt und den im §. 680. a. a. O. vorausgesetzten rechtswidrigen Willen noch nicht gezeigt hat, so daß es, wenn die Aufrechthaltung der Ehe noch in Frage stände, ohne Zweifel abzuwarten wäre, ob sie sich nach richtiger Erkenntniß ihrer Pflichten, deren Erfüllung auf geeignete Maaßregeln auch ferner beharrlich entziehen werde.

Hiernach war das vorige Urtheil zu bestätigen, ohne Rücksicht auf die von der Verklagten jetzt noch neu angeführten Thatsachen.

№ 11.

Enterbung aus guter Absicht. Deren Voraussetzungen; und über den Beweis der angegebenen Enterbungs-Ursache.

A. L. R. Thl. II. Tit. 2. §§. 419—432.

Die verwittwete Buchhalter N. zu B. hatte in ihrem gerichtlichen Testamente drei ihrer Söhne zu Erben eingesetzt, ihrem vierten Sohne Herrmann Carl aber nur den Nießbrauch eines Capitals von 4000 Thlr. zu 4 Procent bestimmt, und angeordnet, daß dies Capital nach seinem Tode seinen etwaigen ehelichen Kindern, und in deren Ermangelung seinen Geschwistern, beziehungsweise deren Kindern zufallen solle. Als Grund ihrer Anordnung hatte sie angeführt, daß ihr Sohn Herrmann Carl seit länger denn 10 Jahren es nicht über sich vermocht habe, sich einem bestimmten Lebensberufe zu widmen, daß er ein unthätiges Leben geführt, und daß er sein väterliches und sonstiges Vermögen zu seiner Lebensbehaglichkeit unwirthschaftlich und verschwenderisch bis fast auf ein Viertel aufgezehrt habe.

Unzufrieden mit dieser mütterlichen Anordnung hatte der jetzt in Amerika lebende Herrmann Carl N. das Testament seiner Mutter hinsichtlich der ihn betreffenden Bestimmungen angegriffen, die aufgestellten Behauptungen in Betreff seines Lebenswandels und seiner Vermögens-Verwaltung in Abrede gestellt und unter Beibringung einer beglaubigten Notariats-Urkunde d. d. Philadelphia, den 31. Mai 1854, nach welcher fünf amerikanische Bürger beschworen haben, daß sie ihn als einen rechtlichen, umsichtigen, keineswegs aber als einen verschwenderischen Menschen kennen gelernt hätten, Klage gegen die Testaments-Erben erhebend, darauf angetragen:

die ihn betreffenden Bestimmungen des Testaments seiner Mutter für ungültig zu erachten, und ihn für berechtigt zu erklären, seinen freien unbeschränkten Pflichttheil aus der Nachlaßmasse zu beanspruchen.

Die verklagten Erben beantragten die Abweisung des Klägers; sie erachteten die ihn betreffenden Bestimmungen des

mütterlichen Testaments für eine Enterbung aus guter Absicht, und diese durch die beigefügte Angabe der gesetzmäßigen Ursache für gerechtfertigt. Sie verlangten von dem Kläger den ihm obliegenden Beweis der Unrichtigkeit der im Testament angegebenen Ursache seiner Pflichttheilsbeschränkung, hielten die beigebrachte Notariats-Urkunde dazu nicht geeignet und traten eventuell den Beweis für die Richtigkeit der testamentarischen Anführungen an.

Das Stadtgericht zu Breslau erkannte am 29. Juni 1855 nach den Anträgen des Klägers; das dortige Appellations-Gericht änderte jedoch auf die Beschwerde der Verklagten durch Erkenntniß vom 6. December 1855 das erste Urtel, und wies den Kläger mit seiner Klage ab. Dies Urtel hat, ungeachtet der dagegen von dem Kläger eingelegten Revision der erste Senat des Ober-Tribunals am 27. Juni 1856 aus folgenden

G r ü n d e n

bestätigt.

Die Erblasserin der Parteien hat in ihrem gerichtlichen Testamente vom 12. April 1850 ihrem vierten Sohne Herrmann, dem Kläger, nur den lebenslänglichen Nießbrauch eines Capitals von 4000 Thlr. ausgesetzt, ihm auch die Disposition über dieses Capital, sowohl unter Lebendigen, als von Todeswegen untersagt, und namentlich bestimmt, daß er während seiner Lebenszeit nur die Zinsen davon zu beziehen habe, damit seine etwaigen Gläubiger niemals darauf Anspruch machen könnten, und sein Unterhalt bestritten werde, daß nach seinem Tode aber das Capital seinen etwaigen ehelichen Kindern, und in deren Ermangelung seinen Geschwistern resp. deren Kindern zufallen solle. Zur Motivirung dieser Anordnung in Betreff des Klägers hat sie wörtlich angeführt:

Ich habe sie für nothwendig erachtet, weil er einen bestimmten Lebensberuf sich zwar erwählt und sich dazu auch geschickt gemacht hat, es aber seit 10 Jahren und darüber nicht über sich vermocht hat, diesen Beruf zu erfüllen, weil er also sein väterliches und sonstiges Vermögen bis auf fast ein Viertel aufgezehrt und bloß zu seiner Lebensbehaglichkeit unwirthschaftlich und verschwenderisch verwendet hat. Ich bin deshalb genöthigt, dafür zu sorgen, daß er es nicht ebenso mit dem ihm von mir zufallenden Erbtheile mache, und damit er nicht zuletzt gänzlich herabkomme und nicht sich, der Familie und der Welt zur Last falle;

und sodann noch bestimmt:

Sollte endlich meinem Sohne Herrmann der Versuch mein Testament anzufechten, glücken, so erhält er jedenfalls nur den Pflichttheil, den ich hiermit auf 2200 Thlr. festsetze, und an welchem er sich Das kürzen lassen muß, was er von jetzt ab an Zuwendungen und Darlehnen von mir erhalten hat.

Der erste Richter verwirft die Ansicht der Verklagten, daß in diesen testamentarischen Bestimmungen eine Enterbung aus guter Absicht liege, weil eine solche voraussetze, daß Eltern dem Kinde den Pflichttheil beschränken, oder belasten, nicht aber den hier vorliegenden Fall, daß Eltern dem Kinde mehr zuwenden, als den Pflichttheil, ihm aber die freie Verfügung über die ganze Zuwendung entziehen; und er hat, da dem auch nicht die Vorschrift des §. 430. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. entgegenstehe, weil dem Kläger sein volles Erbtheil nicht hinterlassen worden, um so mehr nach dem Klageantrage auf Gewährung des freien Pflichttheils erkannt, als dafür auch die Schlußverordnung der Erblasserin spreche, daß Kläger den Pflichttheil erhalten solle, wenn ihm die Anfechtung des Testaments glücke.

Der zweite Richter ist dagegen der entgegengesetzten Ansicht; er findet in der Anordnung der Testatrix eine Enterbung aus guter Absicht, und weist den Kläger um deshalb zurück, weil derselbe den Beweis nicht geführt, daß ihm der Vorwurf der unordentlichen und verschwenderischen Wirthschaft und Lebensart zu Unrecht gemacht worden, indem das beigebrachte Notariats-Zeugniß nicht Thatsachen, sondern Urtheile enthalte, und es überdies nicht auf das jetzige Verhalten des Klägers, sondern auf das zur Zeit der Testamentserrichtung und der dieser vorangehenden Jahre ankomme.

Der Ansicht des Appellations-Richters, daß in dem vorliegenden Falle eine Enterbung aus guter Absicht vorliege, muß nach den Bestimmungen des in dieser Beziehung sich klar aussprechenden Testaments der Erblasserin der Parteien unbedingt beigetreten werden. Das A. L. R. kennt, wie die Vorschriften der §§. 419 ff. Tit. 2. Thl. II. ergeben, eine Enterbung aus guter Absicht, deren Zweck dahin geht, dem so enterbten Kinde die erbschaftlichen Vortheile, so weit als möglich, zu erhalten, und namentlich zu verhindern, daß ihm solche nicht auf irgend eine Art, insbesondere durch seine Gläubiger oder durch seinen Lebenswandel entrissen werden. In Folge dessen haben die Eltern denn auch die Befugniß, die Kinder in der Verfügung über den Pflichttheil einzuschränken, wenn dieselben so in Schulden gerathen sind, daß durch diese ihr Pflichttheil ganz, oder doch soweit, daß ihnen davon der nöthige Unterhalt nicht übrig bleibt, verzehrt werden würde; ferner, wenn das Kind sich einer unordentlichen und verschwenderischen Wirthschaft schuldig gemacht hat, und endlich, wenn das Kind wegen Wahn- und Blödsinns seinen Sachen selbst vorzustehen, unfähig ist. (§§. 419—421. a. a. O.)

Bei dieser Enterbung aus guter Absicht stellt das Ge-

setz als wesentliche Bedingungen: daß dem Kinde mindestens der Pflichttheil zugewendet werden muß, und daß die Anordnung in einem förmlichen Testamente geschehe, in welchem die gesetzliche Ursache der Einschränkung ausdrücklich angeführt sein muß. Unter Beobachtung dieser Vorschriften kann dann dem Kinde zwar nicht der Nießbrauch des Pflichttheils, wohl aber die Verfügung unter Lebendigen gänzlich entzogen, und es kann in der Verfügung von Todeswegen insoweit eingeschränkt werden, daß es nur zum Besten seiner Kinder und in eventum seiner Geschwister und deren Descendenten Bestimmungen treffen darf. (§§. 422—431. a. a. O.)

Diese gesetzlichen Vorschriften müssen der Mutter der Parteien bei Errichtung ihres Testaments nach dem klaren Inhalte desselben vorgelegen haben, denn ihre Anordnungen, wie sie oben aus ihrem förmlichen Testament mitgetheilt worden sind, stimmen damit vollständig überein, insbesondere ist die im §. 420. a. a. O. enthaltene gesetzliche Ursache der Einschränkung ausdrücklich aufgeführt, und es ist in Folge dessen ganz von den Befugnissen Gebrauch gemacht worden, wie sie das Gesetz vorschreibt, so daß der Kläger nicht berechtigt erscheint, die letztwillige Verordnung seiner Mutter aus dem Grunde anzufechten, daß ihm sein Pflichttheil nicht unbeschränkt hinterlassen worden sei. Dies kann insbesondere nicht in dem, von ihm behaupteten, und auch vom Richter erster Instanz adoptirten Umstande gefunden werden, daß ihm unbestritten mehr, als der Pflichttheil betrage, durch das Testament seiner Mutter zugewendet worden sei, und daß eben deshalb eine exhereditatio bona mente nicht vorliege.

Bei dieser muß, wie oben bereits bemerkt worden, dem so enterbten Kinde mindestens der Pflichttheil hinterlassen werden; das schließt aber keineswegs aus, daß der Vater oder die Mutter in ihrer Vorsorge für das Kind, bei ihrem

bestimmt ausgesprochenen Zwecke, nach ihrem Tode dem Kinde die Mittel zu erhalten, daß es nicht gänzlich herabkomme, und sich, der Familie oder der Welt, wie die Testatrix sich ausgedrückt hat, zur Last falle, demselben noch einen höheren, als gerade den Pflichttheilsbetrag zuwenden dürfen. Das Gesetz hat dies nicht verordnet, und lediglich im Interesse des Enterbten, der an und für sich als Notherbe seinen unbeschränkten Pflichttheil von Gesetzeswegen zu fordern berechtigt wäre, eine Grenze festsetzen wollen, die zu überschreiten, also dem Kinde weniger, als den Pflichttheils-Nießbrauch, zu hinterlassen, dem Testator nicht gestattet sein soll. In keinem Falle kann es auch in der Absicht des Gesetzes gelegen haben, dem Erblasser in der Sorge für die künftige Erhaltung seines Kindes solche Schranken zu setzen, daß er diesem eben nur gerade von dem Pflichttheilsbetrage den Nießbrauch zuwenden dürfe. Es steht dies auch nicht dem eigentlichen Begriffe einer Enterbung aus guter Absicht entgegen. Denn wenn diese nach den oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen darin besteht, daß einem Notherben, der sonst ihm in Ermangelung gesetzlicher Enterbungsursachen nicht zu entziehenden Pflichttheil dennoch aus besonderen, im Gesetze bezeichneten Gründen, zum Zwecke seines eigenen Wohles belastet oder beschränkt hinterlassen werden darf; so ist es doch eine solche Belastung und Beschränkung immer, wenn dem Kinde über die gesammte, seinen Pflichttheil mit enthaltende Zuwendung, die Disposition unter Lebendigen ganz, und die von Todeswegen insofern entzogen ist, als es nur zum Besten seiner Kinder, event. seiner Geschwister und deren Descendenz, verfügen kann.

Mit Unrecht beruft sich der Kläger auf das, in den Entscheidungen Bd. 15. S. 304. abgedruckte Urtel vom 22.

Februar 1847, da dort ein anderer, und zwar der Fall vorlag, wo der Testator seine beiden Söhne wirklich zu Erben in seinem Testamente eingesetzt hatte, und wo ausgeführt wurde, es lasse der Inhalt des Eingangs des Testaments zwar schließen, daß der Testator vielleicht beabsichtigt haben möge, eine Enterbung aus guter Absicht vorzunehmen, der Inhalt der Disposition selbst ergebe aber, daß er eine solche Enterbung nicht vorgenommen, daß er vielmehr nur seinen Söhnen ein geringeres Erbtheil angewiesen habe, als ihnen ohne das Testament allerdings zugefallen sein würde. Der Fall des §. 430. a. a. O., der ganz singulair und, abgehend von den Bestimmungen der s. g. Cautela Socini, verordnet: daß, wenn Eltern einem Kinde sein volles Erbtheil hinterlassen, dabei aber verfügen, daß selbiges für die Enkel erhalten werden solle, das Kind sich dieser Verordnung unterwerfen müsse, und statt dessen den Pflichttheil nicht wählen könne, liegt hier ebenfalls nicht vor, da unbestritten feststeht, daß die dem Kläger zum Nießbrauche zugewendeten 4000 Thlr. nicht sein volles Erbtheil ausmachen, und in dieser Art auch die Testatrix nicht disponirt hat.

Ebenso kann des Klägers und des ersten Richters Ansicht nicht beigetreten werden, daß in der späteren Bestimmung des Testaments:

> Sollte endlich meinem Sohne Herrmann N. der Versuch, mein Testament anzufechten, glücken, so erhält er jedenfalls nur den Pflichttheil rc.

dem Kläger ein Wahlrecht zugestanden worden sei, gegen Begebung des Nießbrauchs von dem Capital der 4000 Thlr. sein freies Pflichttheil zu fordern. Diese Bestimmung, und insbesondere der darin gebrauchte Ausdruck: „jedenfalls" giebt deutlich zu erkennen, daß die Testatrix nur für den Fall, daß ihre Disposition in Betreff des Nießbrauchs von

den 4000 Thlrn. nicht für rechtsbeständig erachtet werden sollte, dann anderweitig anordnete, daß der Kläger jedenfalls nur den Pflichttheil unter Anrechnung alles dessen, was er von da ab an Zuwendungen oder Darlehnen erhalten, empfangen sollte.

Der Revident beschwert sich endlich darüber, daß der Appellations-Richter ihm die Führung des Beweises über die Unrichtigkeit der Ursache, die die Testatrix zu ihrer Disposition bestimmt, auferlegt habe. Diese Beschwerde würde nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn hier der Fall einer gänzlichen Enterbung vorläge. Bei der gänzlichen Enterbung mußte schon nach dem Römischen Rechte der Erbe die Wahrheit der angeführten Enterbungsursachen, wenn diese bestritten wurden, beweisen, denn in der Novelle 115. Cap. 3. wird ausdrücklich verordnet:

> Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, sive certas ex his, sive unam parentes in suo testamento inseruerint, et scripti heredes nominatam vel nominatas causas, vel unam ex his veram esse monstraverint, testamentum vim suam habere jubemus;

und im vierten Capitel, am Ende, bei der Enterbung der Eltern, wird dies fast in den nämlichen Ausdrücken wiederholt. Dasselbe muß auch aus den Grundsätzen des Preußischen Rechts entnommen und es kann das Gegentheil nicht aus den Bestimmungen des §. 432. a. a. O. gefolgert werden. Das Kind ist ein Notherbe, welches als solcher an und für sich, ganz unabhängig von dem Willen seiner Eltern, gesetzlich das Recht hat, die ihm gebührende Quote des elterlichen Nachlasses frei und unbelastet zu fordern. §§. 391. und 398. a. a. O. — Dieses sein Notherbenrecht können die Eltern ihm nur aus den ganz bestimmten, in den §§. 399—409. a. a. O. aufgeführten Gründen, we-

gen verübter grober Vergehungen, zu seiner Bestrafung schmälern oder gänzlich entziehen; bestreitet er aber die Existenz dieser Gründe, so müssen offenbar die Testamentserben, — da der bloßen Angabe dieser Gründe der Bestrafung in dem Testamente keine beweisende Kraft beigelegt werden kann, — als an die Stelle des Testators getreten, die Richtigkeit der im Testamente angeführten Ursachen der Schmälerung oder Entziehung des Pflichttheils darthun. Denn der in Gemäßheit des §. 432. a. a. O. rechtliches Gehör verlangende Notherbe hat zur Begründung seiner Klage nur zu beweisen, daß er Notherbe und daß die ihm gesetzlich zukommende Quote nicht hinterlassen sei; dann aber müssen die testamentarischen Erben, die ein Interesse dabei haben, daß das Recht des Notherben nur in der beschränkten Art bestehe, oder daß er sich dessen, wie der Testator angegeben, gänzlich verlustig gemacht habe, denen daran gelegen ist, daß die Strafe gegen den Enterbten vollzogen werde, die angeführte gesetzliche Ursache, und zwar als Exception auch um deshalb nachweisen, weil eine Strafe gegen jenen nicht eher vollstreckt werden kann, als bis ihm sein Vergehen bewiesen worden ist.

Ganz anders steht die Sache aber bei einer Enterbung aus guter Absicht. Hier sind nicht, wie bei der gänzlichen Enterbung, die Ursachen sehr grobe moralische oder bürgerliche Verbrechen, deren Strafe eben die Enterbung ist, sondern der Grund der Disposition des Erblassers besteht in der Absicht, den wahren Vortheil des so Enterbten zu begründen. Die Enterbung geschieht hier nicht zur Bestrafung, sondern zum eigenen Besten des Enterbten, lediglich in der Absicht, ihm sein Vermögen, seinen Unterhalt und seinen Wohlstand zu erhalten, weshalb

es auch schon in der L. 18. Dig. de liber. et postum. (28., 2.) heißt:

Multi non notae causa exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant.

Die Frage: wer bei der Enterbung aus guter Absicht die Wahrheit der angeführten Ursache im Falle des Bestreitens zu beweisen habe? ist im Römischen Rechte nicht, wie bei der exheredatio plena, entschieden. Schon die Lehrer des gemeinen Rechts waren darüber zweifelhaft; — cfr. Glück, Comment. Bd. 7. S. 264. — sie muß aber, sowohl nach dem Römischen, als nach dem Allg. Landrechte, in welches dieses Rechtsinstitut aus der L. 12. §. 2. Dig. de bonis libertor. (38., 2.) und der L. 16. §. 2. de curat. fur. (27., 10.), sowie aus der gemeinrechtlichen Praxis ganz aufgenommen worden ist, in richtiger Erwägung des, bei der Enterbung aus guter Absicht obwaltenden, oben angeführten und vom Gesetze gebilligten Motivs und des Zwecks, unter Berücksichtigung der jedesmal vorgelegenen besonderen Umstände und Verhältnisse offenbar zum Nachtheile des Enterbten um so mehr beantwortet werden, als die gesetzlichen Ursachen der Enterbung aus guter Absicht mehr negativer Natur sind. Sie betreffen vorzugsweise eine persönliche Unfähigkeit des Enterbten und schon aus diesem Grunde muß der so Enterbte den Beweis seiner Fähigkeit führen. Es läßt sich aber auch ferner, wenn Eltern lediglich aus Vorsorge für ihr Kind, zu dessen wahrhaftem Vortheil, bei ihrer Kenntniß der persönlichen Fähigkeiten, Verhältnisse und Umstände desselben Anordnungen treffen, damit ihm das von ihnen hinterlassene Vermögen erhalten werde und es nach ihrem Tode nicht in Mangel und Noth gerathe, bei einer solchen vorsorglichen guten Absicht, dem Kinde gegenüber, mit

Recht vermuthen, daß die angegebene Ursache der Anordnung in der Wahrheit begründet gewesen ist. Diese Rechtsvermuthung ist offenbar so stark und streitet so sehr gegen den Enterbten, daß er zur Entkräftung derselben den Beweis des Gegentheils dann zu übernehmen und zu führen für verpflichtet erachtet werden muß, wenn er, wie hier, nicht einmal im Stande ist, irgend ein Moment anzugeben, welches die Eltern bei ihrer Anordnung zu einer wahrheitswidrigen Angabe ihres Grundes veranlaßt habe.

In dem vorliegenden Falle hat der Kläger dies selbst eingesehen, denn er hat zur Begründung seiner Klage das erwähnte Notariats-Zeugniß beigebracht. Mit Recht hat aber der Appellations-Richter dies Zeugniß verworfen und ihn für beweisfällig erachtet, da es, abgesehen von dem Umstande, daß die Zeugen nicht Thatsachen, sondern ihre ganz unmotivirten Urtheile vortragen, nicht auf den jetzigen Lebenswandel des Klägers, sondern auf den zur Zeit der Errichtung des Testaments im Jahre 1850 und den der diesem Zeitpunkte vorangehenden Jahre ankommt.

Es kommt aber, selbst wenn man auch von der, dem Kläger obliegenden Beweislast absehen wollte, hiernach entscheidend in Betracht, daß der Kläger nicht hat in Abrede stellen können, wie er es in länger denn zehn Jahren bis zur Errichtung des Testaments seiner Mutter, nicht dahin gebracht hat, einem bestimmten Lebensberufe sich zu widmen, und wie er sein nicht unbedeutendes väterliches Vermögen in dieser Zeit so weit verausgabt hat, daß er sogar zu Darlehnen an seine Mutter seine Zuflucht hat nehmen müssen. Seine beigebrachten Briefe, namentlich der d. d. Philadelphia den 18. October 1851 ergeben seine ungünstige Vermögenslage und sein Geständniß, daß er in großer Geldverlegenheit sich befinde, und es müssen schon

hierin die Beweise für die Richtigkeit der von seiner Mutter in ihrem Testamente angegebenen Ursache, die sie zu ihrer Anordnung bestimmt hat, vollständig gefunden werden.

Unter diesen Umständen waren die Revisions-Beschwerden zu verwerfen, und das Appellations-Urtel lediglich zu bestätigen.

№ 12.

Receptum der Gastwirthe.

1) Ist die Haftpflicht der Gastwirthe für die von dem Reisenden in das Gasthaus eingebrachten Sachen durch die vorgängige Anzeige dieser Sachen an den Gastwirth bedingt?
2) Erstreckt sich die Haftpflicht der Gastwirthe bloß auf die von dem Reisenden bei seiner Aufnahme in das Gasthaus eingebrachten Sachen oder auch auf diejenigen, welche er während der Dauer seines Aufenthalts in dem Gasthause, einbringt?

A. L. R. Thl. II. Tit. 8. §§. 444. 447. 448. 450. 452.

Am 30. Juni 1852 war der, während des Laufes des Processes verstorbene Kaufmann B. auf einer Geschäftsreise in dem Gasthause des L. zu P. abgestiegen, als Gast aufgenommen und ihm das mit Nr. 27. bezeichnete Zimmer, in welchem sich verschließbare Behälter nicht befanden, als Logis angewiesen worden. Der Schlüssel zu diesem Zimmer wurde dem Kaufmann B. mit dem Bemerken eingehändigt, daß er der Einzige sei, welcher passe. Folgenden Tages



will der Kaufmann B. bei verschiedenen Geschäftsfreunden die Beträge von 59 Thlr. und 121 Thlr. eincassirt, sich damit in sein Zimmer Nr. 27. zurückbegeben und dort mindestens 160 Thlr. nach gehöriger Verpackung in seinem Reisesack verschlossen haben. Da er bei seiner späteren Entfernung aus dem Zimmer, Abends gegen 7 Uhr, dasselbe zum Uebernachten noch nicht eingerichtet fand, so übergab er, nach gehörigem Verschlusse desselben, den Thürschlüssel dem Stubenmädchen, wie er behauptet, mit der ausdrücklichen Anweisung, denselben gut zu verwahren, und verkehrte, ohne das Zimmer wieder zu betreten, bis gegen 10¼ Uhr in der gewöhnlichen Gaststube. Um diese Zeit forderte er den Stubenschlüssel; die Kellner nahmen einen solchen vom Schlüsselbrette, der jedoch zum Schlosse des Zimmers Nr. 27. nicht paßte; der Versuch, dasselbe mit anderen Schlüsseln zu öffnen, war vergeblich, und mußte das Zimmer durch den Schlosser eröffnet werden. Bei seinem Eintritt will der Kaufmann B. die Bügel des Reisesacks auseinander gebogen gefunden und die 160 Thlr. vermißt haben. Die Thäterschaft des Diebstahls hat nicht festgestellt werden können, wohl aber wurde ermittelt, daß der Schlüssel zum Zimmer Nr. 27. mit einem anderen, welcher zur Stube Nr. 21. des vormals M.'schen Gasthofes gehörte, vertauscht und entwendet worden ist.

Hierauf gestützt, haben der Kaufmann B., jetzt dessen Erben, den L., als Gastwirth, wegen des erlittenen Verlustes für haftbar erachtet und dessen Verurtheilung zur Zahlung der 160 Thlr. nebst Zinsen beantragt.

Der Verklagte, jetzt dessen Wittwe, bestritt die Eincassirung, den Verschluß und die Entwendung der 160 Thlr. und stellte dem Klageantrage:

1) den Einwand entgegen, daß sich die Haftpflicht des

Gastwirths nur auf diejenigen Sachen erstrecke, welche der Reisende bei seiner Aufnahme in den Gasthof bringe und von denen der Gastwirth bei der Aufnahme Kenntniß erhalte, Voraussetzungen, welche hier nicht vorhanden seien,

2) den Einwand, daß sich der Kläger selbst eines groben Versehens dadurch schuldig gemacht, daß er sich den Behufs Reinigung des Zimmers abgegebenen Schlüssel nicht sofort wieder habe zurückgeben lassen, und daß er in einem, mit verschließbaren Behältern nicht versehenen Zimmer Werthsachen in einem kleinen, leicht zu öffnenden und leicht weg zu tragenden Reisesack aufbewahrt habe.

Ohne Beweisaufnahme erkannte auch das Kreisgericht zu Paderborn unter dem 20. Juli 1853 und resp. am 4. Januar 1855, principaliter auf Abweisung der Klage; für den Fall aber, daß der Grund des klägerischen Anspruchs in einer der höheren Instanzen für richtig angenommen würde, auf einen Eid der Erben des Klägers darüber:

daß sie nichts wissen, wodurch ihre Behauptung widerlegt werde, welche dahin gehe, daß dem verstorbenen Kläger, Kaufmann B., am 1. Juli 1852 aus seinem Reisesacke, welcher sich auf dem ihm damals im L.schen Gasthause eingeräumten Gastzimmer Nr. 27. befand, die Geldsumme von 160 Thlr., oder wie viel weniger, entwendet worden.

Kläger appellirten und der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Paderborn erkannte mittelst Urtheils vom 11. Mai 1855: daß, wenn die Erben des Klägers den vorgedachten Eid leisten würden, alsdann die Verklagte schuldig, 160 Thlr. nebst fünf Procent Zinsen, seit der Klagebehändigung zu zahlen, anderen Falles die Klage abzuweisen.

Die von der Verklagten dagegen erhobene Nichtigkeits-

Beschwerde ist von dem vierten Senate des Ober-Tribunals durch das Erkenntniß vom 19. Juni 1856 zurückgewiesen worden.

Gründe.

Der §. 444. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. bestimmt:
Gastwirthe sind schuldig, für Alles zu haften, was die von ihnen oder ihren dazu bestellten Leuten aufgenommenen Reisenden in das Gasthaus gebracht haben.

Die Richtigkeits-Beschwerde hat diese Vorschrift unter Nr. 1b. insofern als verletzt bezeichnet, als der Appellations-Richter die Haftpflicht des Gastwirthes für die Sachen des Reisenden durch die bloße Einbringung derselben in das Gasthaus für begründet und nicht vielmehr eine vorgängige Bekanntmachung der einzubringenden Sachen an den Gastwirth für nothwendig erachtet hat. Dieser Angriff erscheint nicht begründet. Nicht mit Unrecht ist die Klage aus dem s. g. Receptum als eine „sehr durchgreifende, über allgemeine Rechtsgrundsätze hinausgehende Maaßregel" bezeichnet*). Durch das Bedürfniß entstanden, ist sie aus dem gemeinem Rechte in die neueren Gesetzgebungen übergegangen. Nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo, sagt der Praetor nach L. 1. pr. D. 4., 9. Zur näheren Bestimmung des salvum fore recipere wurde schon in der gemeinrechtlichen Praxis gefragt, ob die Haftpflicht des Gastwirths durch eine Anzeige der eingebrachten Sachen Seitens des Reisenden, überhaupt durch eine Kenntniß derselben Seitens des Gastwirths bedingt sei. Da die L. 1. §. 8. D. l. c. bestimmt:

Recipit autem salvum fore, utrum si in navem res mis-

*) v. Savigny System des heutigen Römischen Rechts Bd. 5. S. 258.

sae ei adsignatae sunt, an, etsi non sint assignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur? Et puto, ommium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt.

und da man in diesem Ausspruche als entscheidend nur das Moment der Illation schlechthin fand, so ging die gemeine Meinung dahin, daß gemeinrechtlich die obige Frage zu verneinen sei*).

Nicht anders stellt sich die Sache auf dem Gebiete der preußischen Gesetzgebung. Schon der Entwurf des Allgemeinen Gesetzbuchs und nach ihm das Allgemeine Landrecht trennen das Receptum der Gastwirthe von dem Receptum der Schiffer und der öffentlichen Landkutscher. Bei dem Receptum der Letzteren gehen der Entwurf des Allgemeinen Gesetzbuchs und das Allgemeine Landrecht davon aus, daß der Reisende die bei ihm befindlichen Effecten dem Schiffer beziehungsweise dem Landkutscher überliefern, und wenn er dies nicht gethan, die Effecten vielmehr in eigener Gewahrsam behalten hat, der Schiffer oder Landkutscher nur für einen durch seine oder seiner Leute Schuld entstandenen Verlust und Schaden haften muß. (§§. 1259., 1260. Abschnitt 9. Tit. 3. Abthl. II. Thl. I. des Entwurfs, §§. 1760., 1761., 2452., 2453. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R.)

Bezüglich des Receptum der Gastwirthe bestimmte der Entwurf im §. 1968. Abschn. 15. Tit. 8. Abth. 2 Thl. I.:

Sie — die Gastwirthe — sind schuldig, für Alles zu haften, was mit ihrem oder ihrer dazu bestellten Leute Vorwissen und Einwilligung in das Gasthaus gebracht worden.

---

*) Leyser: Spec. 66. med. 7., Rechts-Lexikon sub voce: Gastwirth, Bd. 4. S. 447., Holzschuher: Casuistik Bd. 2. Abth. 2. S. 797.

Danach sollte also die Klage aus dem Receptum der Gastwirthe von der mit Vorwissen und Einwilligung erfolgten Einbringung der Sachen in das Gasthaus abhängig gemacht werden. In den obigen §. 444. a. a. O. des Allg. Landrechts ging aber diese Bedingung nicht über; er spricht mit der Aufnahme des Reisenden zugleich das salvum fore recipere aller seiner Sachen schlechthin aus, und macht bezüglich der Haftpflicht des Gastwirths keinen Unterschied, ob die Einbringung mit seinem oder seiner Leute Vorwissen und Einwilligung geschehen ist, oder nicht. Die Weglassung dieses Momentes wird um so bedeutsamer, wenn man das gewöhnliche und natürliche Verhältniß in das Auge faßt, in welchem sich der Reisende zum Gastwirthe befindet. Der Reisende, welchem Personen und Lokalitäten unbekannt sind, ist in der Nothwendigkeit, sich Fremden zu überlassen und ihrer Treue zu vertrauen; eine Anzeige aller einzubringenden Sachen, eine Vorlegung und Ueberlieferung derselben an den Gastwirth, beziehungsweise an die von ihm bestellten Leute, oder gar die Erlangung der Einwilligung in die Einbringung, widerspricht dem natürlichen Verhältnisse; beide Theile gehen vielmehr von der stillschweigenden Voraussetzung aus, daß sich mit der Aufnahme des Reisenden das salvum fore recipere von selbst verstehe. Die Weglassung jenes Momentes aus dem §. 444. stellt sich als eine absichtliche dar, und die Wortfassung dieser Vorschrift läßt es nicht zu, in dieser Beziehung einen Unterschied in dieselbe hineinzutragen.

Daß zur Begründung der Haftpflicht des Gastwirths die bloße Thatsache der Einbringung der Sachen ohne Rücksicht auf eine dem Gastwirth gegebene oder demselben sonst beiwohnende Kenntniß dieser Sachen genügt, das folgt auch aus dem §. 448. a. a. O., welcher bestimmt:

Erklärt der Gastwirth sogleich bei der Aufnahme, daß er für die eingebrachten Sachen nicht stehen wolle, so haftet er nur für einen solchen Verlust, welcher von ihm selbst, oder von seinen Leuten aus grobem oder mäßigem Versehen verursacht worden.

Mit Recht bemerkt der Appellations-Richter, daß diese Erklärung des Gastwirthes nur eine ganz allgemeine, bei der Aufnahme des Gastes abzugebende und von der wirklichen Einbringung der Sachen unabhängige ist, daß sie aber ganz unnöthig sein würde, wenn der Reisende den Gastwirth vorher von der Einbringung in Kenntniß setzen müßte, wenn der Gastwirth also erst die Anzeige und Bekanntmachung Seitens des Reisenden abwarten könnte. Für die Richtigkeit der Auffassung des Appellations-Richters spricht ferner der §. 452. a. a. O., welcher bestimmt:

Hat der Reisende dem Wirthe die in verschlossenen Koffern, Kisten oder anderen Behältnissen enthaltenen Sachen nicht namentlich angezeigt, so muß er, bei erlittenem Verluste, die Beschaffenheit und den Betrag der weggekommenen Sachen nachweiseu.

Obwohl diese Vorschrift ein specielles Verhältniß behandelt, so giebt sie doch zu erkennen, daß die nicht erfolgte Anzeige und Bekanntmachung nur auf den von dem Reisenden zu führenden Beweis Einfluß äußert; sie zeigt aber zugleich, daß die Haftpflicht des Gastwirths an sich nicht durch eine solche Anzeige bedingt ist. Anderer Seits läßt sich eine Gegenargument daraus nicht entnehmen, daß der §. 447. von a u f g e n o m m e n e n Sachen spricht, und daß der §. 450. bestimmt:

Dadurch, daß der Wirth dem Reisenden ein zum Verschließen eingerichtetes Behältniß für seine Sachen anweiset, und ihm die Schlüssel dazu einhändigt, wird er von der Vertretung nicht frei.

Beides läßt auf eine, die Haftpflicht bedingende, vorgängige Anzeige der einzubringenden Sachen nicht zurückschließen.

Die Richtigkeits-Beschwerde hat die Verletzung des obigen §. 444. ferner unter Nr. 1 a. insofern gerügt, als die Haftpflicht des Gastwirths von dem Appellations-Richter auch auf diejenigen Sachen ausgedehnt ist, welche der Reisende erst nach seiner Aufnahme in das Gasthaus eingebracht hat. Dieser Angriff ist jedoch für begründet ebenfalls nicht zu erachten.

Schon im römischen Rechte ist in dieser Beziehung ein Zweifel angeregt, welcher in der L. 4. §. 2. D. 4. 9. seine Entscheidung gefunden hat. Vivianus dixit, etiam ad eas res hoc edictum pertinere, quae post impositas merces in navem locatasque inferentur, etsi earum vectura non debetur; ut vestimentorum, penoris quotidiani, quia haec ipsa caeterarum rerum locationi accedunt. Ebenso ist auf dem Gebiete des preußischen Rechtes dem Appellations-Richter darin beizupflichten, daß die Zeit der Einbringung der Sachen in das Gasthaus durch den Reisenden nicht entscheidend ist. Nach §. 444. haftet der Gastwirth für Alles, was der aufgenommene Reisende in das Gasthaus gebracht hat; es ist dabei nicht gesagt, daß diese Haftpflicht sich nur auf Dasjenige erstrecke, was der Reisende in dem Momente seiner Aufnahme in das Gasthaus gebracht hat. Weder die Fassung des §. 444. noch die Natur der Sache gestattet in dieser Beziehung einen Unterschied in das Gesetz hineinzutragen; auch Dasjenige, was der Reisende während seines Aufenthaltes im Gasthause in dasselbe hineinbringt, vertraut er der Sicherheit und der Treue des Wirthes, resp. seiner Leute an. Der Ausspruch der L. 4. §. 2. D. l. c. haec ipsa caeterarum rerum locationi accedunt ist in der

Natur der Sache begründet, und als ein allgemein gültiger anzusprechen.

Die Richtigkeits-Beschwerde hat ferner den §. 444., so wie gleichzeitig die §§. 9. bis 11. Tit. 6. Thl. I. des A. L. R. unter Nr. 1c. auch insofern als verletzt bezeichnet, als der Appellations-Richter auf Schadloshaltung erkannt habe, ohne die nothwendige Voraussetzung jeder Entschädigungsforderung, die Existenz eines Schadens, festzustellen. Die Nichtigkeits-Beschwerde deducirt, daß dieser Mangel durch das in erster Instanz ergangene Nachtrags-Erkenntniß nicht ersetzt werde, weil dasselbe nur eventuell das Quantum des Schadens, nicht aber die Thatsache der Beschädigung selbst festsetze. Es erscheint jedoch dieser Angriff hinfällig.

In dem rechtskräftigen Nachtrags-Erkenntnisse vom 4. Januar 1855 ist ausgesprochen, daß Kläger de ignorantia die Richtigkeit der dahin gehenden Behauptung beschwören sollen, daß dem Kaufmann B. am 1. Juli 1852 aus seinem Reisesacke, welcher sich auf dem ihm damals im L.'schen Gasthause eingeräumten Gastzimmer Nr. 27. befand, die Geldsumme von 160 Thlr., oder wie viel weniger, entwendet worden; von der Ableistung dieses rechtskräftig feststehenden Eides hat der Appellations-Richter die Verurtheilung der Verklagten abhängig gemacht. Was die Nichtigkeits-Beschwerde vermißt, ist danach vollständig vorliegend.

Der Appellations-Richter hat nach Vorgang der §§. 447. 450. 451. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. geprüft, ob nach den vorwaltenden thatsächlichen Umständen etwa eine die Haftpflicht des Gastwirths aufhebende, äußere Gewalt oder Zufall, beziehungsweise ein grobes oder mäßiges Versehen des klägerischen Erblassers vorliegt; er ist indeß dabei zu dem Resultate gelangt, daß weder das Eine noch das An-

dere anzunehmen sei. In dieser Beziehung bewegt sich seine Erörterung auf thatsächlichem Gebiete, und es kann danach, was die Richtigkeits-Beschwerde unter Nr. 2. rügt, weder von der Verletzung des Rechtsbegriffs des Versehens, noch von der Verletzung des §. 447. a. a. O. des A. L. R. die Rede sein, welcher bestimmt:

> Von der Vertretung eines an den aufgenommenen Sachen entstandenen Verlustes oder Schadens, ist der Gastwirth nur alsdann frei, wenn ausgemittelt werden kann, daß dieser Schade durch eigenes grobes oder mäßiges Verschulden des Reisenden oder durch äußere Gewalt und Zufälle, die der Wirth bei der sorgfältigsten Aufmerksamkeit weder vorhersehen, noch verhüten können, entstanden ist.

Insbesondere hatte der Appellations-Richter darin, daß der klägerische Erblasser das eincassirte Geld in seinen Reisesack gelegt, diesen Reisesack aber nicht dem Erblasser der Verklagten übergeben, ein mäßiges Versehen des klägerischen Erblassers um deshalb nicht gefunden, weil derselbe gesetzlich nicht verpflichtet gewesen sei, seine Sachen dem Wirthe zu übergeben, vielmehr auch ohne eine solche Uebergabe darauf habe rechnen können, daß seine Sachen gesichert seien, weil er darin, daß er das Geld in Ermangelung eines im Zimmer befindlichen verschließbaren Behältnisses in den Reisesack eingeschlossen, sogar vorsichtig gehandelt habe. Es ist nicht anzuerkennen, daß sich der Appellations-Richter durch diese Argumentation einer Verkennung des Rechtsbegriffes des Versehens und der Verletzung des §. 447. a. a. O. in sofern schuldig gemacht habe, als die Verletzung einer Rechtspflicht kein Bedingniß der culpa sei, diese vielmehr in der Vernachlässigung der im Leben üblichen Aufmerksamkeit bestehe. Denn nach §. 17. Tit. 3. Thl. I. des A. L.

R. begeht derjenige ein Versehen, welcher aus Mangel der in den Geschäften des bürgerlichen Lebens anzuwendenden Aufmerksamkeit wider die Gesetze handelt, und umgekehrt ist derjenige nicht in culpa, welcher in seinem Handeln conform mit den Vorschriften der Gesetze ist. Nach der Annahme des Appellations-Richters befindet sich aber gerade der klägerische Erblasser in dieser Lage.

№ 13.

Haftbarkeit des Schiffsrheders für den Schiffer.

1) Bezieht sich die Haftbarkeit des Rheders für den durch den Schiffer an der Ladung verursachten Schaden auch auf einen Schaden, der durch Verbrechen des Schiffers veranlaßt ist?
2) Findet dies bei der Stromschifffahrt Anwendung?

A. L. R. Thl. 2. Tit. 8. §§. 1528. 1532.

Cabinets-Ordre vom 22. September 1835 (Gesetz-Sammlung S. 222.)

Cabinets-Ordre vom 14. Juli 1841. (Gesetz-Sammlung S. 232.)

Ein Oderkahn, den Erben des R. gehörig, wurde von dem Steuermann H. in den Jahren 1850 und 1851 selbstständig geführt. Derselbe hatte eine Quantität Spiritus an den Kaufmann W. in Berlin in Fracht genommen und bei der Ablieferung fand sich ein erhebliches Manco, zu dessen Ersatz der Steuermann H. auf die Klage des W. verurtheilt, außerdem auch deshalb durch Criminal-Urtel be-

straft wurde. Da der Steuermann H. sich bei der Execution unvermögend fand, so belangte der W. die Erben des Kahneigenthümers, namentlich dessen Wittwe auf den Ersatz des Manco zum Betrage von 169 Thlr. 5 Sgr. 6 Pf. nebst Auslagen, gestützt auf den §. 1528. Thl. II. Tit. 8. A. L. R. Die Wittwe R. dagegen berief sich mit Rücksicht auf die Unterschlagung des Steuermanns auf den §. 1532. Thl. II. Tit. 8., welcher anordnet:

Für die Vergehungen des Schiffers sind die Rheder nur so, als ein Principal für die Vergehungen seines Factors verhaftet; (§. 515 ff.)

wogegen Kläger eines Theils leugnete, daß eine Unterschlagung, obwohl der H. deshalb strafrechtlich verurtheilt worden, bewiesen sei, anderen Theils bestritt, daß der §. 1532. die Anwendung des §. 1528. auf den Fall einer Beschädigung der Ladung durch Verbrechen des Schiffers ausschließe.

Beide früheren Richter haben die Verklagte, Wittwe R., nach dem Klageantrag verurtheilt. Die gegen das zweite Urtel, welches vom Kammergerichte am 3. November 1855 ergangen war, eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde der Verklagten, Wittwe R., ist von dem vierten Senat des Ober-Tribunals am 3. Juli 1856 zurückgewiesen worden, aus folgenden

Gründen.

Es steht unangefochten fest, daß der Steuermann H. von der Wittwe R. mit der Führung des zum Nachlasse ihres verstorbenen Mannes gehörigen Oderkahnes beauftragt gewesen, und daß während der H. demzufolge im Jahre 1851 eine Ladung Spiritus für den Kläger führte, darin ein Manco entstanden ist, zu dessen in quanto feststehenden Betrag der Schiffer im Vorproceß gegen Kläger verurtheilt worden war. Nur der Einwand der Verklagten, daß das

Manco in einer Unterschlagung des H. seinen Grund gehabt, kommt für die Richtigkeits-Beschwerde in Betracht. Derselbe wird vom Appellations-Richter aus zwei Motiven zurückgewiesen, nämlich als unerwiesen und als rechtlich unerheblich. Letzteres wird aus dem §. 1528. Thl. II. Tit. 8. des A. L. R. hergeleitet.

Die gegen diesen Entscheidungsgrund gestellten Angriffe sind unbegründet. Die Cabinets-Ordre vom 23. September 1835 ordnet sub. Nr. 2. die Ausdehnung der Vorschriften des Allg. Landrechts über das Verhältniß der Schiffs-Rheder zu den Schiffern auch auf das Verhältniß der Eigenthümer der Stromfahrzeuge zu den Stromschiffern und die Cabinets-Ordre vom 14. Juli 1841 ordnet an, daß sich das Verhältniß der Stromschiffer zu den Befrachtern, sowie zu dem Empfänger der Ladungen, zunächst nach den für die Seeschifffahrt bestehenden Vorschriften §§. 1620—1741. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. richte. Es ist klar, daß unter den Vorschriften über das Verhältniß der Rheder zu den Schiffern (Cabinets-Ordre von 1835) alle diejenigen Vorschriften verstanden werden müssen, welche sich in §§. 1445—1533. Thl. II. Tit. 8. des A. L. R. befinden. Denn die Verpflichtungen der Rheder durch die Handlungen der Schiffer, von denen die §§. 1522—1533. handeln, lassen sich aus dem Ganzen des Rechtsverhältnisses nicht ausscheiden. In sofern also unter diesen Vorschriften sich solche befinden, aus denen dritte Personen Rechte erlangen, müssen auch diese als auf die Stromschifffahrt ausgedehnt gelten und dies greift um so mehr Platz, wenn von Rechten der Befrachter und Empfänger die Rede ist da ja rücksichtlich deren die in §§. 1620—1741. verhandelten Bestimmungen nach der Cabinets-Ordre von 1841 ebenfalls bei der Stromschifffahrt Anwendung finden. Eine

Verletzung der beiden gedachten Cabinets-Ordres liegt mithin nicht vor.

Auch die Auslegung des §. 1528. Thl. II. Tit. 8. im zweiten Erkenntnisse erscheint richtig. Dieser Paragraph verordnet:

> den durch die Schuld des Schiffers oder der Schiffsleute an der Ladung verursachten Schaden, müssen die Rheder in sofern vertreten, als der Beschädiger selbst zum Ersatz unvermögend ist.

Der Ausdruck „Schuld" ist allgemein, umfaßt nicht bloß culpose, sondern auch dolose Beschädigungen an der Ladung. Es liegt auch in der Sache, daß, wenn einmal das Gesetz den Befrachtern eine so unbeschränkte Garantie der Rheder für die Schiffer und Schiffsleute hat gewähren wollen, was, wie der Appellations-Richter richtig bemerkt, in der L. 5. §. 6. Dig. 44. 7. wohl seinen Ursprung hat, dies vernünftiger Weise noch mehr auf dolose und sogar auf verbrecherische Beschädigungen jener Personen als auf culpose Anwendung finden muß. Der Grund, welchen die gedachte L. 5. gegen den exercitor navis anführt,

> aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur,

wird auch bei dem §. 1528. vorgewaltet haben. Da der §. 1528. lex specialis für die Beschädigungen an der Ladung ist, so folgt von selbst, daß er seine Geltung behält, neben der allgemeinen Vorschrift des §. 1532., der in Betreff der Vergehungen des Schiffers auf die rücksichtlich der Haftbarkeit des Principals für den Factor vorgeschriebenen Grundsätze verweiset. Letztere Grundsätze (§. 515 ff.) sind also eben so wenig als der §. 1532. und der §. 50. Thl. I. Tit. 6. (Schaden bei Gelegenheit eines Auftrags verursacht) verletzt worden, werden vielmehr als allgemeine Vorschrif-

ten durch den für einen speciellen Fall bestimmten §. 1528. nicht berührt.

Außer solchen Vergehungen des Schiffers, welche einen Schaden an der Ladung verursachen, sind manche andere ebenfalls dritte Personen beschädigende Vergehungen der Schiffer möglich, und auf diese bezieht sich die Regel des §. 1532. a. a. O.

Auf das andere Motiv des Richters und den dagegen erhobenen Angriff kommt es also nicht an.

№ 14.

Ueber die Erfordernisse der Vererbpachtungen von Kirchen- und Pfarrgrundstücken, und deren Acquisitiv-Verjährung durch den Patron der Kirche.

A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §§. 647., 649., 568., 621., 584., 779., 780., 774., 623., 228., 800., 778.; Thl. I. Tit. 5. §. 1., Tit. 21. §§. 90., 91., 94., 95., Tit. 7. §§. 12., 14., Tit. 9. §§. 526., 629.

Am 20. September 1795 vererbpachtete der damalige Pfarrer W. zu T. an den Gutsbesitzer E. v. d. G. zu A., den Patron der Kirche zu T., mittelst eines schriftlichen Privatvertrages ein zum Pfarrgute gehöriges Grundstück von 2 Hufen 25 Morgen 43 □ Ruthen auf ewige Zeiten, gegen einen jährlichen Canon von 40 Thlrn. und einige andere Gegenleistungen. Dieser, ohne Mitwirkung und Zustimmung des Kirchen-Collegiums und der Repräsentanten der Kirchengemeinde abgeschlossene Vertrag, ist von dem da-

maligen Etats-Ministerium zu Königsberg unter dem 28. September 1795 bestätigt und der Erbpächter auch zum Besitze jener „zum Pfarrdienst gehöriger Hufen" gelangt. Laut Contracts vom 2. September 1803 verkaufte der erste Erwerber derselben die Rittergüter A. und T., und mit denselben die vorerwähnten Pfarrhufen, an F. v. d. G. und ist für diesen der Besitztitel, bezüglich der erkauften Rittergüter, am 18. November 1803 berichtigt worden. Um auch die Eintragung des Erbpachts-Contracts de 1795 in das Hypothekenbuch zu bewirken, trat F. v. d. G. mit dem Kirchenvorstande und den Gemeinde-Repräsentanten in Unterhandlung und zwar unter dem Beitritte des jetzigen Pfarrers zu T. Diese Unterhandlung hatte zwar einen vorläufigen Contracts-Abschluß zur Folge; da jedoch die Kirchenvorsteher und Gemeinde-Repräsentanten die vorbehaltene gerichtliche Vollziehung verweigerten, so klagte der F. v. d. G. gegen dieselben auf Anerkennung und gerichtliche oder notarielle Verlautbarung des vorgedachten Vertrags-Abschlusses. Diese Klage ist jedoch rechtskräftig zurückgewiesen, weil diejenigen Personen, welche bei der Verhandlung über jenen Vertrags-Abschluß, als Repräsentanten der Kirchengemeinde, fungirt hatten, wegen Verabsäumung der gesetzlichen Vorschriften bei ihrer Wahl, ohne gehörige Vollmacht gehandelt. Diesemnach ist von dem Kirchen-Collegium in T. wider den Rittergutsbesitzer v. d. G. Klage auf Ungültigkeits-Erklärung des Contracts vom 20. September 1795 und Herausgabe der Pfarrhufen von T., im Flächenmaaße von 2 Hufen 25 Morgen 43 □Ruthen culmisch, gegen Rückgabe der dafür gewährten Gegenleistungen, erhoben. Die Klage wurde auf die Behauptung gestützt, daß jener Contract der Zustimmung der Kirchengemeinde ermangele, daher nach §§. 160., 647., 778. und 774. A. L. R. Thl. II.

Tit. 11. null und nichtig sei. Mit Uebergehung derjenigen Einwendungen, welche außerhalb der in diesem Rechtsstreite erörterten Rechtsgrundsätze liegen, ist hier nur anzuführen, daß Seitens des Verklagten die Nothwendigkeit der Zuziehung und Einwilligung der Kirchengemeinde bei Erbverpachtungen von Pfarrgrundstücken auf Grund des §. 649. a. a. O. bestritten, zugleich aber auch der Klage die Einrede der erwerbenden Verjährung, gestützt auf den im Jahre 1795 begonnenen und bis zur Anstellung der Klage (3. Januar 1854) fortgesetzten ruhigen und ungestörten Besitz, entgegengesetzt worden ist.

Durch das Urtel des Kreisgerichts zu Braunsberg vom 16. Juni 1854 wurde der Verklagte nach dem Klageantrage verurtheilt, die streitigen Kirchenhufen, gegen Rückgabe der bedungenen Gegenleistungen, herauszugeben.

Auf die Appellation des Verklagten reformirte jedoch das Appellations-Gericht zu Königsberg am 27. März 1855 das erste Urtel dahin, daß Kläger mit ihrer Klage abzuweisen. In den Gründen des Appellations-Erkenntnisses wird zwar, in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter, die Behauptung des Verklagten reprobirt, daß es bei Vererbpachtung von Kirchen- und Pfarrgütern der Einwilligung der Kirchengemeinde nicht bedürfe; dagegen der vom Verklagten geltend gemachte Einwand der Erwerbung der fraglichen Pfarrhufen durch Verjährung von vier und vierzig Jahren (§. 629. A. L. R. Thl. I. Tit. 9.) für begründet und nachgewiesen erachtet.

Der zweite Senat des Ober-Tribunals stellte auf die Revision des Kirchen-Collegiums durch das Erkenntniß vom 22. Mai 1856 das erste Erkenntniß, mit einer hier nicht interessirenden Maaßgabe, wider her.

Gründe.

Es ist unbedingt beiden Vorderrichten darin beizustimmen, daß der §. 649. Thl. II. Tit. 11. A. L. R. nicht die daraus vom Verklagten gezogene Folgerung gestattet, daß es bei Erbverpachtungen von Kirchengütern der, durch die Vertreter der Kirchengemeinde, zu erklärenden Einwilligung nicht bedürfe, sondern daß zum Abschluß und Perfection eines solchen Vertrages allein die Einwilligung der geistlichen Obern hinreichend sei. Die §§. 647 ff. a. a. O. setzen die Bedingungen fest, unter denen die Veräußerung eines Kirchenguts rechtsgültig stattfindet. Als wesentliche und unerläßliche Bedingung erscheint nach §. 647. die Einwilligung der Gemeinde. Es fließt dieses zunächst schon daraus, daß es sich bei Veräußerung eines Kirchenguts um einen vertragsmäßigen Act handelt, durch welchen das bisherige Eigenthum der Kirchengemeinde, seiner Substanz nach, an einen Anderen übertragen werden soll, und schon die gesetzlichen Bestimmungen über die Essentialien der Verträge, die Mitwirkung des Eigenthümers bei solchen Verträgen, beziehungsweise deren gesetzlicher Vertreter, unerläßlich machen. — §. 1 ff. Thl. I. Tit. 5. A. L. R.

Das bei Gütern dieser Art obwaltende höhere Interesse hat indessen die Gesetzgebung veranlaßt, zu bestimmen, daß neben der Einwilligung der Kirchengemeinde und des Patrons, keine Veräußerung gültig geschehen könne, wenn nicht, auf vorhergegangene Untersuchung und Approbation der geistlichen Obern, die Erlaubniß des geistlichen Departements im Staats-Ministerio hinzutrete. — §. 648. — Wenn es nun im §. 649. heißt:

> Zu Erbverpachtungen oder Austhuung gegen Erbzins ist die Einwilligung der geistlichen Obern hinreichend;

so ergiebt der Zusammenhang dieser Bestimmung mit der

vorhergehenden, daß bei dieser beschränkteren und das Interesse der Kirchengemeinde weniger gefährdenden Veräußerungsform, nur die Nothwendigkeit hinwegfalle, die Erlaubniß des geistlichen Departements einzuholen. Es mangelt nun dem von dem damaligen Pfarrer W. mit dem General-Landschaftsrath v. d. G. am 20. September 1795 abgeschlossenen Erbpachtsvertrage, außer der hier gar nicht erforderlichen Confirmation des Etats-Ministeriums zu Königsberg vom 28. September 1795, an allen nach den §§. 647 ff. zu dessen Gültigkeit erforderlichen gesetzlichen Eigenschaften. Ueberdies wird die gedachte Confirmation nur, als vom Königlichen Lehnspatronat ausgegangen, bezeichnet, dadurch also kein fremdes Recht irgend wie beeinträchtigt. Faßt man sodann diejenigen Pflichten ins Auge, welche nach den §§. 568., 584., 621., 779 ff. a. a. O. dem Patron obliegen, in Verbindung mit dem unbestrittenen Umstande, daß der General-Landschaftsrath v. d. G. Patron der Kirche zu T. war, so kann der gute Glaube bei dem damaligen Erbpächter nicht als vorhanden angenommen, folgeweise auch dessen bis zum 8. September resp. 18. November 1803 dauernder Besitz, nur als ein solcher bezeichnet werden, welcher den Beginn der erwerbenden Verjährung nicht gestattet. An dem erstgenannten Tage verkaufte der General-Landschaftsrath v. d. G. die Güter A. und T. an den jetzigen Verklagten, für welchem am 18. November 1803 der Besitztitel berichtigt worden ist. Auf Grund dieser Thatsachen erachtet der Appellations-Richter den Einwand des Verklagten, daß durch dessen, in gutem Glauben begonnenen, seitdem und während eines Zeitraums von länger als 44 Jahren fortgesetzten Besitz, die erwerbende Verjährung der Kirchenhufen stattgefunden, für wohlbegründet. Es ist zwar in zweiter Instanz von Seiten des

Klägers gegen diesen Einwand noch ein Beweis durch Production von Schriftstücken angetreten, aus denen hervorgehen soll, daß der Lauf der Verjährung bereits im Jahre 1846 durch Klageanmeldnng und deren Mittheilung an den Verklagten unterbrochen worden sei; es kommt aber auf diese Beweisantretung alsdann nicht an, wenn die Behauptung des Revidenten für begründet erachtet werden muß, daß auch der 1803 begonnene Besitz des Verklagten, wegen seiner Eigenschaft als Patron der Kirche zu T. und der Natur des Besitzes, der Usucapionsfähigkeit ermangele; und es ist diese Behauptung für wohlbegründet zu erachten.

Nach §§. 568. und 621. Thl. II. Tit. 11. A. L. R. liegt dem Patron die unmittelbare Aufsicht über die Kirche, nebst der Sorge für deren Erhaltung und Vertheidigung ob; auch begründet das Patronatsrecht nach §§. 585., 621., 689. ebendas., unmittelbare Verwaltungsbefugnisse in Beziehung auf die Verwaltung des Kirchenvermögens und die Rechnungslegung. In Verbindung mit dem §. 568. verpflichten sie den Patron zur positiven Sorge und unzweifelhaft dazu, darüber zu wachen, daß Kirchen- und Pfarrgut von den Verwaltern oder Nutznießern desselben, dem Eigenthum der Kirchengemeinde nicht gesetzwidriger Weise entzogen und daß, wenn es geschehen, dasselbe wieder in ihren Besitz gebracht werde. Namentlich verpflichten die §§. 779. und 780. ebendas. den Patron, zur Sorge für die ordentliche Verwaltung, wirthschaftliche Nutzung und Erhaltung der Wiedmuthsstücke.

Nach §. 774. a. a. O. haben Pfarrgüter mit den Kirchengütern dieselben äußeren Rechte. In Bezug auf die Pflichten der Kirchenverwalter, — zu denen nach den citirten Gesetzen bei Patronatskirchen der Patron hinsichtlich der demselben durch die gedachten Gesetze speciell und aus-

drücklich auferlegten Verpflichtungen in eminentem Grade gezählt werden muß, — haben dieselben nach §. 623. a. a. O. bei ihrer Verwaltung eben den Grad der Schuld zu vertreten, wozu Vormünder nach den Gesetzen verpflichtet sind, und der §. 228. Thl. II. Tit. 11. A. L. R. bestimmt:

> Die Kirchengesellschaften genießen, in Ansehung der mit ihnen selbst oder mit ihren Repräsentanten und Vorstehern über ihr Vermögen verhandelten Geschäfte und geschlossenen Verträge, die Rechte der Minderjährigen.

Der Verklagte, als Patron der Kirche zu T., der alljährlich den Erbpachtscanon aus dem von seinem Besitzvorgänger im Jahre 1795 geschlossenen Contracte für die in seinen Besitz gelangten Hufen an den Pfarrer zu T. entrichten mußte, konnte über die Natur und den Ursprung seines Besitzes um so weniger zweifelhaft sein, als ihm seine rechtliche Stellung als Patron specielle Verpflichtungen, sowohl in Bezug auf die Verwaltung, als auch namentlich auf die Erhaltung des Kirchenguts auflegte; er mußte also wissen, daß der mit dem Nießbraucher, dem Pfarrer W., geschlossene Vertrag nach §. 800. Thl. II. Tit. 11. A. L. R. nur für die Dauer des Nießbrauchs Gültigkeit hatte. Bis zu dem Jahre 1814, in welchem, nach der in der Klage aufgestellten, vom Verklagten nicht widersprochenen Behauptung, der Pfarrer W. verstorben ist, konnte die Besitzübertragung von der Kirchengemeinde nicht angefochten werden. Selbst während der Besitzzeit der nachfolgenden Pfarrer, welche die Kirchenhufen ebenfalls nur zu nießbrauchen hatten, ist durch den Umstand allein, daß sie die jährlich von dem Verklagten gezahlten 40 Thlr. als ein Aequivalent ihres Nießbrauchs acceptirten und sich damit begnügten, kein Verjährungsbesitz gegen die Kirchengemeinde in Bezug auf die Substanz der Kirchenhufen zu begründen,

und noch weniger der Zeitpunkt zu fixiren, in welchem das Klagerecht der Kirchengemeinde zur Existenz gelangt ist (quando actio nata est), besonders, da nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze — §. 90. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. — dem Nießbraucher, ohne Bewilligung des Eigenthümers, über die Substanz kein Verfügungsrecht zusteht, nicht einmal die Befugniß, das Object des Nießbrauchs mit dauernden Lasten zu beschweren. Es kann insbesondere Niemand, so lange der Nießbrauch dauert, eine Verjährung anfangen, wodurch Rechte auf die Sache, zum Nachtheile des Eigenthümers, erworben werden sollen. (§. 91.) Der §. 94. a. a. O. ergänzt diese Vorschrift noch durch die positive Bestimmung, daß das Eigenthum an einer zum Nießbrauch gegebenen Sache, dem Proprietar durch Nichtgebrauch nicht verloren gehen konnte, und der §. 95. läßt eine Acquisitiv-Verjährung des Usufructuars gegen den Eigenthümer nur dann zu, wenn jener seinen Willen, die Sache als Eigenthümer zu besitzen, durch öffentliche Handlungen äußert und der Eigenthümer, nachdem ihm diese Aeußerung bekannt geworden, sich dabei rechtsverjährende Zeit hindurch beruhigt hat. Der Pfarrer hat während der Dauer seiner pfarramtlichen Wirksamkeit an den Pfarrgrundstücken nur die Verwaltung und den Nießbrauch. — §. 778. Thl. II. Tit. 11. — Die Abtretung desselben und des Besitzes der streitigen Kirchenhufen durch den Pfarrer W. an den Besitzvorgänger des Verklagten war also bis zum Jahre 1814 keine unberechtigte, allein nur in soweit, als dieselbe die Nießbrauchsperiode des W. nicht überschritt. Ueber diese Periode hinaus war W. ohne jegliche Befugniß, dem Verklagten ein Besitzrecht — namentlich Usucapionsbesitz — zu übertragen. Civilrechtlich verletzte er dadurch die Rechte des Eigenthümers und kirchenrechtlich die Pflichten seines

Amts. Der Pfarrer W. selbst war in dieser zweifachen Beziehung, der Kirchengemeinde gegenüber, eines Verjährungsbesitzes unfähig. Es leuchtet von selbst ein, daß diese Beziehungen auch den Besitz des Verklagten afficiren. Es ist schon oben gezeigt worden, welche Verpflichtungen ihm als Patron der Kirche obliegen, und welche Rechte derselben zustehen. Zwar war es nicht der Verklagte, welcher den ungültigen Vertrag von 1795 abgeschlossen hat, und ihn trifft in diesem Bezuge keine Verantwortlichkeit; aber wenn er die Verbindlichkeiten ins Auge faßte, welche die Gesetze dem Patron auflegen, und den gänzlichen, ebenfalls in den Gesetzen begründeten, Mangel alles Rechts auf Seiten des Usufructuars, über die Substanz der Kirchenhufen zu verfügen, so konnten ihm, sowohl beim Beginn seines Besitzes, als auch im Laufe seiner Besitzzeit, die Mängel desselben nicht entgehen; — jedenfalls würde, wenn es geschehen, Unkenntniß der Gesetze zum Grunde liegen, er mithin nur einen unrechtfertigen Besitz erlangt haben. — (§§. 12., 14. Thl. I. Tit. 7. A. L. R.) — Unter diesen Erwägungen kann es auch keinem Bedenken unterliegen, dem von dem Revidenten in Bezug genommenen §. 526. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. bei der Entscheidung des vorliegenden Falles ein determinirendes Gewicht beizulegen. Die Kirche hat die Rechte der Minderjährigen, und die Kirchenverwalter haben, wie schon oben angeführt, bezüglich ihrer Verwaltung dieselbe gesetzliche Vertretungsverbindlichkeit wie die Vormünder. Es ist ferner der wesentliche Einfluß nachgewiesen, den die Gesetze der Stellung des Patrons beilegen und wie sie ihn vorzugsweise verpflichten, für die Sicherstellung und Erhaltung der Kirchen- und Pfarrgrundstücke Sorge zu tragen. Aus dem inneren Zusammenhange dieser gesetzlichen Vorschriften mit denen, welche auf der einen

Seite die Rechte und Pflichten des Pfarrers, in Bezug auf Pfarrgrundstücke und sein dadurch zum Patron entstehendes Verhältniß, auf der andern Seite die Stellung und Rechte der Kirchengemeinde zu Beiden regelt, tritt von selbst die Nothwendigkeit hervor, das Verhältniß der Kirchengesellschaften zu den Kirchenverwaltern und namentlich des Patrons, hinsichtlich des ihrer Aufsicht und Verwaltung anvertrauten Kirchen- und Pfarrvermögens, als ein solches zu bezeichnen, welches den Patron rechtlich unfähig macht, während der Dauer seiner Patronats-Verwaltung in Bezug auf die derselben unterworfenen Kirchen- und Pfarrgrundstücke, gegen die betreffende Kirchengesellschaft, einen ihn zur erwerbenden Verjährung nach §. 629. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. befähigenden Besitz zu erlangen. Aus dieser Auffassung rechtfertigt sich dann auch die Anwendung des im §. 626. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. liegenden Princips auf den vorliegenden Fall und die Begründung des Klageanspruchs. —

Das Appellations-Erkenntniß mußte daher, wie geschehen, abgeändert werden.

№ 15.

Verpflichtung des Kirchenvermögens zu der Schulbaulast im Bereiche des Magdeburg-Mansfeldischen Provinzial-Kirchenrechts.

Kirchen-Ordnung für das Herzogthum Magdeburg und die Grafschaft Mansfeld vom 9. Mai 1739.

A. L. R. Thl. II. Tit. 12. §§. 34., 37.

Gesetz vom 21. Juli 1846, betreffend den Bau und die

Unterhaltung der Schul- und Küsterhäuser. (Gesetz-Samml. S. 392.)

Im Jahre 1825 erhob das Aerarium der St. Nicolai-Kirche zu Neustadt-Magdeburg gegen den Magistrat dieser, eine besondere Landstadt bildenden und unter einer besonderen Communal-Verwaltung stehenden, Vorstadt von Magdeburg dahin Klage:

daß die Kämmerei-Casse die Kosten der Unterhaltung der Schulgebäude, Schullehrerwohnungen und Schulutensilien trage und dem klagenden Aerario die zu solchen Zwecken gemachten, in separato festzustellenden, Auslagen erstatte.

Die Klage wurde jedoch durch drei gleichlautende Erkenntnisse zurückgewiesen.

In neuester Zeit trat das Bedürfniß ein, das Schulgebäude in der alten Neustadt zu erweitern, und ein neues Schulgebäude in der neuen Neustadt zu errichten. Die Kosten dafür sind nach den intermistischen Festsetzungen der Verwaltungsbehörden aus der Kämmerei-Casse mit 4507 Thlr. 27 Sgr. 6 Pf. vorgeschossen und werden jetzt wieder von der Stadtgemeinde eingeklagt.

In erster Instanz ist von dem Stadt- und Kreisgerichte zu Magdeburg unterm 5. März 1855 das verklagte Aerarium nach dem Antrage verurtheilt. Der erste Richter knüpft seine Argumentation an §. 37. A. L. R. Thl. II. Tit. 12., wonach, wo das Schulhaus zugleich die Küsterwohnung ist, in der Regel die Unterhaltung desselben auf dieselbe Art, wie bei Pfarrbauten, geschehen soll, und an das Gesetz vom 21. Juli 1846, welches modificirend verordnet, daß die Baulast, welche lediglich durch das Schulbedürfniß hervorgerufen wird, als eine gemeine Last, d. h. als eine Verpflichtung der Schulgemeinde, aller zu einer

solchen Schule gewiesenen Einwohner (§. 34. l. c.) betrachtet werden soll. Er schließt dies neuere Gesetz aber darum aus, weil die Bestimmungen des Art. 26. (S. 195.) der Kirchen-Ordnung von 1739 für fortbestehend erachtet werden müßten, und überdies die Verpflichtung der Kirche auf einen nach §. 6. des alleg. neueren Gesetzes fernerhin gültigen besonderen Rechtstitel, dem im Vorprocesse nachgewiesenen Gewohnheitsrechte oder einer Observanz beruhe.

Dagegen hat der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Magdeburg unterm 17. September 1855 auf Zurückweisung der Klage erkannt.

Der Appellations-Richter führt aus: Die Kirchen-Ordnung von 1739 könne der Entscheidung des Rechtsstreites nicht mehr zum Grunde gelegt werden. Die Bestimmungen derselben über die Verpflichtung zur Tragung der Schulbaukosten, seien, als mit denen des Allgemeinen Landrechts übereinstimmend, durch §. 6. des Gesetzes vom 21. Juli 1846 in der hier vorliegenden Beziehung aufgehoben.

Das behauptete Herkommen sei nach §. 6. des Gesetzes vom 21. Juli 1846 nicht mehr anwendbar und es sei deshalb gleichgültig, daß bis zum Erscheinen dieses Gesetzes die Schulbaukosten, im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit der Kirchen-Ordnung, vom Kirchen-Aerar bestritten worden. Ebenso wenig stehe der klagenden Gemeinde ein besonderer Rechtstitel, wie er im §. 6. dieses Gesetzes bezeichnet worden, zur Seite.

Hiernach aber sei, zufolge §. 3. des Gesetzes vom 21. Juli 1846 das Kirchen-Aerar zu den streitigen Schulbaukosten nicht verpflichtet, weil solche allein durch das vermehrte Schulbedürfniß herbeigeführt worden.

Die erst in appellatorio aufgestellte Behauptung, daß die fraglichen Kosten auch durch den Bau der Küsterei ent-

standen, stimme mit den sonstigen Anführungen der Klägerin in diesem Processe nicht überein und sei nicht gehörig substantiirt, da nicht angegeben sei, welcher Theil der Kosten auf den Bau der Küsterei komme.

Die klagende Gemeinde legte die Revision ein und beantragte Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses.

Der erste Senat des Ober-Tribunals hat jedoch am 20. Februar 1856 das Appellations-Erkenntniß bestätigt, aus folgenden

Gründen.

Der Gang der Gesetzgebung ist folgender gewesen: .

Unterm 13. November 1685 erging die Kirchen-Ordnung des großen Churfürsten für das Herzogthum Magdeburg (Mylius corp. const. Magdeb. I. 1.) Sie ist antiquirt durch die revidirte Kirchen-Ordnung für das Herzogthum Magdeburg und die Grafschaft Mansfeld, Magdeburgischer Hoheit vom 9. Mai 1739.

Diese Kirchen-Ordnung von 1739 schreibt im Cap. 26, welches die Ueberschrift trägt: „von den Gebäuden der Kirchen-, Prediger- und Küsterhäuser, auch von den Kirchenstühlen" im §. 1. wörtlich vor:

> Die Gebäude der Kirchen, Prediger-, Schulmeister- und Küsterhauser sollen von jeder Kirchen Einkommen, und da solche nicht zureichen, von denen Zuhörern und Eingepfarrten des Ortes — in Dachung und sonsten in guten Bau und Besserung — erhalten werden.

Es folgen specielle Bestimmungen über die Ausführung dieses Satzes, welche hier nicht von Interesse sind; eine nähere Entwickelung des Princips findet sich nicht. In Cap. 29. „von Hospitalien und derselben Vorstehern" heißt es in den einleitenden Worten §. 1.:

> Die Hospitalien, wie auch die Schulen und andere piae

causae seynd zwar von der Kirche abgesondert und haben ihre sonderbaren Gesetze und Ordnungen

es folgen aber nur in diesem Capitel Vorschriften über die Führung der Verwaltung; das Allg. Landrecht bezeichnet im §. 34. Thl. II. Tit. 12. die Unterhaltung der Schulgebäude und Schulmeisterwohnungen als gemeine Last, welche von allen zu einer solchen Schule gewiesenen Einwohnern ohne Unterschied getragen werden müsse, und verordnet sodann §. 37. ibid:

Wo das Schulhaus zugleich die Küsterwohnung ist, muß in der Regel die Unterhaltung desselben auf eben die Art, wie bei Pfarrbauten vorgeschrieben ist, besorgt werden,

so daß es also nach §. 710. Tit. 11. ibid. zunächst auf das ankommt, was durch Verträge, rechtskräftige Erkenntnisse, ununterbrochene Gewohnheiten oder besondere Provinzialgesetze bestimmt ist. Bei den Vorberathungen zur Feststellung der Provinzialgesetze, welche bekanntlich nicht zum Abschlusse gekommen, haben sich verschiedene Meinungen über die Kirchenbaulast im Magdeburgischen erhoben; das Oberlandesgericht zu Magdeburg hat jedoch in einem Berichte vom 23. September 1831 (cfr. v. Klewiz, Magdeb. Prov. Recht I. 244 ff.) die Ansicht verfochten, daß die Annahme, wonach Schulen und Schullehrerwohnungen in Bezug auf Bauten und Reparaturen unbedingt wie Kirchengebäude zu beurtheilen wären, weil die Kirchen-Ordnung keinen Unterschied mache, sich nicht rechtfertige, daß vielmehr die Kirchen-Ordnung die Schulmeister- und Küsterhäuser für identisch annehme, wie denn noch jetzt, wenigstens auf dem Lande, die Küster- und Schullehrerstellen in der Regel vereinigt seien, und daß daher die Vorschriften des A. L. R. in der fraglichen Beziehung unverändert beizubehalten seien.

Nächstdem ist das Gesetz vom 21. Juli 1846 ergangen, nach welchem der Grundsatz sich ergiebt,

daß die Baulast, welche lediglich durch Schulbedürfniß hervorgerufen wird, nach §. 34. A. L. R. l. c. zu beurtheilen, also für gemeine Last der zu der Schule gewiesenen Einwohner zu achten ist und die Vorschrift des §. 37. ibid. auf solche Fälle keine Anwendung findet.

In dem Schlusse §. 6. des Gesetzes heißt es:

Soweit ein Provinzial- oder ein Local-Gesetz oder das Herkommen mit dem §. 37. Thl. II. Tit. 12. des A. L. R. übereinstimmen, treten auch an ihre Stelle die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes §§. 2—5. Jedoch soll da, wo das bisherige, mit der gedachten Vorschrift des Allg. Landrechts übereinstimmende Verhältniß auf einem besonderen Rechtstitel beruht, durch das gegenwärtige Gesetz nichts geändert werden.

Klägerin leitet nun die in Anspruch genommene unbedingte Verpflichtung der verklagten Kirche zu der Schulbaulast zunächst aus dem Gesetze, sodann aber eventuell aus den beiden speciellen Rechtstiteln des Judicats und der unvordenklichen Verjährung ab. Mit Recht setzt ihr aber der Appellations-Richter zunächst entgegen, daß eine Verschiedenheit zwischen den Bestimmungen der Kirchen-Ordnung und des Allg. Landrechts nicht bestehe. Man kann die ersteren, wie den §. 37. cit. nur auf den Fall der Vereinigung der Schul- und Küsterstelle beziehen, welcher noch heutzutage, wenn auch wohl in geringerem Maaße, als damals, der bei weitem häufigste, wie denn auch der Ausdruck „Küsterschule" als gemeine Schule (im Gegensatze zu höheren Anstalten) noch jetzt ein ganz gangbarer ist. In der Ueberschrift des Cap. 26. bezeichnet die Kirchen Ordnung den zu behandeln-

den Gegenstand als „Prediger= und Küsterhäuser," derselbe Gegenstand wird benannt:

§. 1. „die Gebäude der Prediger=, Schulmeister= und Küsterhäuser,"

§. 3. „Pfarr= und Schulmeister=Wohnungen,"

§§. 4. 7. „Pfarr= und Küstergebäube,"

§. 5. „Gebäude der Prediger und Küster."

Diese Ausdrucksweise läßt an sich darüber keinen Zweifel, daß man sich die Schule und Küsterei, das Schulmeister= und das Küsteramt als verbunden gedacht habe. Eine Bestätigung findet diese Auffassung in Cap. 28. der Kirchen=Ordnung, wo hauptsächlich von der Anstellung und den Pflichten des Amtes die Rede ist und wo die Bezeichnungen „Küster und Schulmeister" „Küster und Schuldiener" „Küster und Schulmeister" offenbar durchweg von einer und derselben Amtsstelle zu verstehen sind. Die besondere Erwähnung (im Cap. 29.) der Schule in Verbindung mit den Hospitälern und anderen piis causis als von „der Kirche abgesonderten und auf sonderbaren Gesetzen und Ordnungen beruhender Institute" kann nicht, wie Revidentin will, ein Bedenken erregen; denn einmal sind dort anscheinlich überall nicht gemeine Schulen, sondern höhere Bildungsanstalten, ins Auge gefaßt, und zweitens ist im Cap. 29. cit., dessen Inhalt sich auf Verwaltungs=Regeln beschränkt, doch offenbar durchweg eine Stiftung vorausgesetzt, die ein, bestimmten Zwecken gewidmetes Vermögen hat, welches eine Verwaltung möglich und nöthig macht.

Schreibt die Kirchen=Ordnung also nur unter der Voraussetzung, daß Schulhaus und Küsterhaus verbunden sind, vor, daß die vermögende Kirche die Baulast zu tragen habe, so stimmt sie mit §. 37. A. L. R. Thl. II. Tit. 12. überein. Es kann keinem Bedenken unterliegen, daß dane=

den die im Provinzial-Recht fehlende Bestimmung des §. 34. ibid., wonach die Schulbaulast als gemeine Last aller zu der Schule gewiesenen Einwohner principiell bezeichnet wird, von Anfang an zur Geltung gekommen ist. Mithin ist der Fall des ersten Satzes des §. 6. des Gesetzes vom 21. Juli 1846 vorhanden, dies Gesetz selbst von voller Anwendbarkeit, und demgemäß, da der Neubau durch vermehrtes Schulbedürfniß nothwendig geworden, die beanspruchte Verpflichtung des Kirchen-Aerars ex lege nicht begründet.

Das Präjudicat in den Rechtsfällen Bd. II. S. 174. stimmt hiermit überein; es ist danach die Reparatur der Rector-Wohnung in der vormals zum Herzogthum Magdeburg gehörigen Stadt Zinna als nicht der Bestimmung des §. 1. Cap. 26. der Kirchen-Ordnung unterworfen angesehen.

Was die geltend gemachten besonderen Rechtstitel betrifft, so ist im Vorprocesse die Kirche mit dem Antrage abgewiesen:

> daß die Kämmerei-Casse die Kosten der Unterhaltung der Schulgebäude, Schullehrerwohnungen und Schulutensilien trage und der Kirche die zu solchen Zwecken gemachten Auslagen erstatte,

was in tenore I. sent. genau ausgedrückt wird. In erster und zweiter Instanz ist die Kirchen-Ordnung anders, als oben entwickelt worden, aufgefaßt. Daß dies auch in dritter Instanz geschehen, hat allerdings nach Lage der eingesehenen älteren Acten des Ober-Tribunals Wahrscheinlichkeit. Revidentin kann sich aber nicht, wie geschehen, auf bestimmte Sätze der Arbeiten der damaligen Referenten berufen. In Ermangelung einer officiellen Redaction der Gründe haben die Erwägungen der übrigens unter sich nicht übereinstimmenden Referenten nur einen wissenschaftlichen Werth, und können nicht einmal einen vor das Plenum zu verweisenden

Conflict herbeiführen; ohnehin ist von der wahrscheinlichen damaligen Annahme schon in der vorerwähnten Zinna'schen Sache abgegangen, doch darf auch die Möglichkeit nicht übersehen werden, daß auf die ältere Entscheidung des obersten Gerichtshofes Bedenken gegen den damals verklagten Magistrat als den richtigen Verklagten und Zweifel gegen die Vertretung der Schulgemeinde durch ihn, also gegen die legitimatio passiva von wesentlichem Einfluß gewesen sein können.

Kann hiernach durch Zurückgehen auf die Gründe des älteren Ober-Tribunals-Urtels res judicata nicht dargethan werden, so steht derselben ferner entgegen, daß die nach dem Wortlaute des Tenors erkannte Zurückweisung des gegen die Kämmerei erhobenen Anspruchs, die eigene Verpflichtung der Kirche in dem hier erforderlichen Umfange nicht feststellt. Der Appellations-Richter weiset mit Recht darauf hin, daß die Entscheidung nur auf die damals bereits vorhandenen Schulgebäude bezogen werden könne: die hierzu gemachten Auslagen wollte die Kirche erstattet haben, und nur insoweit stand die Verpflichtung der Kämmerei, als Präjudicial-Rechtspunkt in Frage. Hiernach ist die ältere Entscheidung jedenfalls nicht über den damaligen bestimmten Gegenstand auszudehnen. Deshalb kommt es auch nicht weiter darauf an, daß Revidentin sich auf die Zulässigkeit einer Erläuterung des Tenors aus den Gründen mit Rücksicht auf die Entscheidungen XVII. S. 462 ff. beruft; mit einer solchen Erläuterung würde man niemals dahin gelangen, die Präjudicialfrage „ob nach der Kirchen-Ordnung die Schulen hinsichts der Baulast unbedingt wie Kirchengebäude zu beurtheilen wären?" als durch den Vorproceß für alle Folgezeit und auch für den gegenwärtigen Rechtsstreit entschieden, anzusehen. Durch eine solche Annahme würde in der That bloßen Urtelsgründen die Kraft

einer Entscheidung beigelegt und recht eigentlich gegen §. 38. A. G. O. Thl. Tit. I. 18. verstoßen.

Darin läßt sich freilich dem Appellations-Richter nicht beitreten, daß bei der durch das Gesetz vom 21. Juli 1846 eingetretenen Veränderung die älteren Judicate unanwendbar seien. Denn wäre darin, oder in den älteren Vorschriften, generell und bestimmt ausgesprochen, daß die Kirche für die ganze Schulbaulast hafte, so wäre der besondere Rechtstitel oder — was dem gleich steht — die in §. 6. des alleg. Gesetzes erforderte Abweichung des Landrechts von dem Provinzial-Gesetze vorhanden und das neuere Gesetz ganz außer Betracht zu lassen.

In Bezug auf die unvordenkliche Verjährung sagt der Appellations-Richter, daß in Ermangelung des Nachweises einer erfolgten Aufforderung an die Kirche, ein Besitz des Magistrats nicht angenommen werden könne und der Grundsatz: tantum praescriptum quantum possessum den jetzigen Gegenstand ausschließe. Damit ist gegen die als verletzt bezeichneten §§. 2. 3. Cap. 52. der Magdeburger Polizei-Ordnung, wonach allerdings eine Immemorial-Verjährung Verhältnisse der fraglichen Art zu normiren geeignet ist, in keiner Weise verstoßen. Die Deduction unterliegt aber der Mißdeutung, als ob dabei bestimmte Verjährungserfordernisse ins Auge gefaßt seien, obschon sie im Resultate richtig ist. Von einem Besitze eines affirmativen Rechts nach dem §. 80. A. L. R. Thl. I. Tit. 7., der ohnehin für die vorlandrechtliche Zeit außer Frage bleibt, läßt sich hier nicht reden. Denn die klagende Stadtgemeinde ist nicht ohne Weiteres mit der Schulgemeinde für identisch anzunehmen, was früher auf Grund thatsächlicher Vermuthung des Zusammenfallens Beider geschehen zu sein scheint, jedoch überhaupt bedenklich ist und jetzt in Rücksicht auf die Möglich-

keit und Wahrscheinlichkeit von Erweiterung der Stadt, Vermehrung der Einwohner und dadurch herbeigeführten Veränderungen um so weniger gerechtfertigt werden kann, und eine juris quasi possessio, wie sie hier zu stehen käme,

> so daß also die Stadtgemeinde einen Besitzstand hätte, von der Kirche Leistungen für dritte Personen oder Institute — d. h. die Baulast für die Schulgemeinde oder die Schule — zu fordern.

gehört zu den juristisch nicht wohl denkbaren Dingen. Ueberhaupt besteht aber die Immemorial-Verjährung in der Rechtsvermuthung für die Rechtmäßigkeit eines über Menschengedanken hinaus stattgefundenen Zustandes, des Besitzes einer Sache oder der Ausübung eines Rechts. (Cfr. die Ausführung in den Entscheidungen X. 1.) Ihrer Anwendung auf den vorliegenden Fall steht der Grundsatz tantum praescriptum quantum possessum in dem Sinne entgegen, daß, um aus der früheren Leistung der Baupflicht von Seiten der Kirche etwas zur Sache folgern zu können, nothwendig erhellen müßte, daß sie in einem, den gegenwärtigen Fall principiell einschließenden Umfange geleistet sei. Das ist nicht der Fall. Im Vorprocesse ist in den Erkenntnissen eine unbeschränkte Baupflicht der Kirche nicht als herkömmlich constatirt; es bedurfte dessen auch nicht bei dem angenommenen Verständnisse der Kirchen-Ordnung und würde immer eine damalige Annahme dieser Art nach den oben bereits vorgekommenen Erwägungen gegenwärtig an sich nicht bindend sein. Im jetzigen Processe hat zwar der erste Richter eine, dem Klageantrage entsprechende Gewohnheit oder Observanz aus den 99 Fällen, welche im Vorprocesse ad protoc. vom 2. Februar 1827 für die Zeit von 1678 bis 1816 constatirt sein sollen — ohne Einsicht der damals zu Grunde gelegten Rechnungen sind die Verhand-

lungen nicht ganz verständlich — und aus Kirchenrechnungen pro 1842, 1845 und 1849 für nachgewiesen erachtet, dabei ist aber übersehen, daß alle diese Ausgaben nichts beweisen, so lange nicht daneben dargethan wird, daß sie über die gesetzliche Verpflichtung der Kirche hinausgehen, was ebenso möglich ist, als das Gegentheil, und bei einem solchen Beweise wäre noch besonders zu beachten, daß die gesetzliche Obliegenheit der Kirche früher umfänglicher war, als jetzt, indem sie nach dem Gesetz vom 21. Juli 1846 für vermehrte Schulbedürfnisse nicht zu haften braucht, was nach der Kirchen-Ordnung und dem Allg. Landrecht loc. cit. allerdings vorkommen konnte. Wenn Revidentin sich darüber beschwert, daß der Appellations-Richter nicht angenommen habe, es sei während der Dauer der praescriptio immemorialis eine Errichtung neuer Gebäude oder Erweiterungen alter vorgekommen (der Appellations-Richter sagt übrigens bloß: dies erhelle nicht) so ist darauf zu entgegnen, daß es Sache der Gemeinde gewesen wäre, die Fälle der gedachten Art bestimmt hervorzuheben und, als über die jedesmalige gesetzliche Verpflichtung der Kirche hinausgehend, wie zur Begründung der ordentlichen oder außerordentlichen Verjährung (Ersitzung) im Uebrigen geeignet, aufzuweisen, daß aber Contestationen in der vorliegenden allgemeinen Haltung zu nichts führen können.

Steht hiernach in keiner Weise fest, daß aus dem Kirchen-Aerar mehr geleistet worden, als demselben nach jedesmaliger Lage der Gesetzgebung ex lege obgelegen und ist der einzelne bestimmte abweichende Fall, den der Appellations-Richter für das Jahr 1849 — also für die allerneueste Zeit und nach Emanation des Gesetzes vom 21. Juli 1846 — annimmt, offenbar zur Begründung einer Norm nicht geeignet, so ist es entbehrlich, weiter zu erörtern: ob

Seitens der Kirche bei den früheren Leistungen zu ihrem eigenen Nachtheile eine irrige Auffassung der Kirchen-Ordnung stattgehabt hat — wie dies anscheinlich in älterer Zeit wirklich bei den höheren Justiz- und Verwaltungsbehörden der Provinz der Fall gewesen ist — und daß durch vorgängige Aufforderung zu diesen Leistungen, wobei die unbeschränkte Schulbaulast der Kirche bestimmt ausgedrückt oder ersichtlich wäre, dieselben allerdings den entsprechenden rechtlichen Charakter angenommen haben würden.

Hiernach war das Appellations-Erkenntniß zu bestätigen.

№ 16.

Gemeinde-Lasten.

Wegen Prägravation bei Gemeindelasten steht Jedem, welcher sich durch zu geringe Belastung eines anderen Contribuenten beschwert glaubt, die Klage gegen diesen auf entsprechende Erhöhung seiner Beitragspflicht gesetzlich zu. Präj. 2662.

A. L. R. Thl. II. Tit. 14. §§. 79. und 9.

Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen vom 11. Mai 1842 (Ges.-Samml. S. 192., §. 5.

Der Schulze St. und die Bauern K. und B. klagten, als angebliche Deputirte der Gemeinde B. und Namens derselben, gegen die Wittwe des Pfarrbauers Bl. und dessen Erben daselbst, mit dem Antrage:

diese zu verurtheilen, von dem Pfarrbauerhofe zu B.,

gleich einem Bauer, zu allen, aus dem Gemeinde-Verhältnisse, dem Schulen- und Kirchen-Verbande entspringenden Lasten und Leistungen beizutragen.

Bei der, von den genannten, angeblichen Gemeinde-Deputirten beantragten Aufnahme einer Vollmacht für den Rechts-Anwalt S. ergab sich, daß nicht alle Mitglieder der Gemeinde B. der Klage beitreten wollten. Dieselbe wurde jedoch von den übrigen Gemeinde-Mitgliedern verfolgt, und auf die Behauptung gestützt, daß von dem Pfarrbauerhofe, obgleich zu ihm von jeher ein geringeres Areal, als zu den übrigen Bauerhöfen, gehört habe, und nach der Auseinandersetzung mit dem Pfarrer nicht einmal ein Drittel eines Bauerhofs-Areals gehöre, dennoch immer zu den Communal- und Societätslasten, so wie von jedem anderen Bauerhofe beigetragen worden sei, und diese observanzmäßige Beitragspflicht durch die Regulirungs- und Gemeinheitstheilungs-Recesse zu B. eine vertragsmäßige Fixirung erhalten habe. Auf Grund des hierüber aufgenommenen Beweises erkannte auch das Kreisgericht zu Pyritz am 13. April 1855 nach dem Klageantrage; auf die von den Verklagten eingelegte Appellation aber änderte das Appellations-Gericht zu Stettin am 19. October 1855 das erste Erkenntniß ab und wies die Kläger zurück, indem es den, von den Verklagten in zweiter Instanz angebrachten Einwand, daß nur die Gemeinde resp. die Schul- und Kirchengesellschaft zur Klage legitimirt sei, und die Kläger als deren Repräsentanten nicht erachtet werden könnten, für durchgreifend erachtete.

Die Kläger führten dagegen die Nichtigkeits-Beschwerde ein, und der zweite Senat des Ober-Tribunals vernichtete auch in seiner Entscheidung vom 15. April 1856 das Appellations-Erkenntniß aus folgenden

Gründen.

Der Vorwurf, daß der Appellations-Richter rechtsgrundsätzlich gefehlt, weil er die Kläger als Privatpersonen zur Klage für nicht legitimirt, dazu vielmehr nur die Gemeinde, resp. die Kirchen- und Schul-Societät, für befugt erachtet, ist wohl begründet. Es bestimmt das A. L. R. Thl. II. Tit. 14.

§. 79. Behauptet aber Jemand aus besonderen Gründen die Befreiung von einer solchen (d. i. einer Staats-) Abgabe (§§. 4 bis 8.) oder behauptet er in der Bestimmung seines Antheils über die Gebühr belastet zu sein (§. 9.), so soll er darüber rechtlich gehört werden:

und §. 9. a. a. O. lautet:

Streitigkeiten, welche über die Vertheilung der aus dem Besteuerungsrechte fließenden Abgaben unter den Contribuenten entstehen, werden in Ermangelung hinlänglicher durch Verträge, wohlhergebrachte Gewohnheit, oder besondere Gesetze begründete Bestimmungen, nach den Regeln einer ohne ausdrücklichen Vertrag entstandenen Gemeinschaft (Thl. I. Tit. 17. Abschnitt 1.) beurtheilt.

Wie in den Gründen zu dem Präjudiz Nr. 2430. des Ober-Tribunals (Entscheid. Bd. XXV. S. 45.) nachgewiesen worden, sind die Gemeinde-Lasten den Staats-Abgaben gleichgestellt und jene Vorschriften finden auf jene ebenfalls Anwendung. Dies ist auch in den Gründen des in der vorliegenden Sache ergangenen Erkenntnisses des Königlichen Gerichtshofes zur Entscheidung der Competenz-Conflicte vom 29. April 1852 anerkannt. Es ist aber zugleich bei dem oben gedachten Präjudiz Nr. 2430. ausgeführt, daß ein Proceß des steuerpflichtigen Mitgliedes einer Dorfgemeinde

gegen die steuerberechtigte Corporation wegen Prägravation unstatthaft, vielmehr nur der Weg der Beschwerde offen sei. Die steuerberechtigte Corporation hat, wie sich daraus ergiebt, das Recht der Steuervertheilung auf ihre Mitglieder, ohne deshalb der Klage zu bedürfen, und Diejenigen, welche sich im Verhältniß zu Anderen prägravirt erachten, haben nur ein Klagerecht gegen diese. Wollte man sie auch davon ausschließen, dann würde der §. 79. Tit. 14. Thl. II. des A. L. R. illusorisch sein; denn dann würden die Prägravirten überhaupt ein Klagerecht nicht haben.

Die Allg. Gerichts-Ordnung, auf welche der Appellations-Richter sich bezieht, läßt Thl. I. Tit. 5. §. 4. Nr. 7. in Bezug auf theilbare Sachen die Klage des Einzelnen von mehreren Mitberechtigten auf seinen Antheil zu, und sagt, in Bezug auf untheilbare Sachen, daß der Richter, je nachdem die dazu gehörenden Interessenten entweder Mitglieder einer Corporation oder Gemeinde sind, oder ihr Miteigenthum aus einem Vertrage oder unmittelbar aus dem Gesetze entsteht, die Zulässigkeit der Klage des Einzelnen zu beurtheilen habe. Es ist aber — sagt die Allgem. Gerichts-Ordnung a. a. O. weiter — eine Sache in gegenwärtiger Beziehung für untheilbar zu achten, wenn sie einem von mehreren Interessenten nicht zu statten kommen kann, ohne zugleich den übrigen gewährt zu werden, oder von sämmtlichen Interessenten geleistet werden muß, wenn sie dem Gegentheile zu statten kommen soll, wie z. B. Grundgerechtigkeiten u. s. w.

Insofern nun die bei der Steuervertheilung Prägravirten in einer Gemeinde, wie hier, verlangen, daß der zu gering Belastete den Beitrag leiste, wozu er gesetzlich verpflichtet sei, damit ihr Beitrag verringert werde, verfolgen sie ein theilbares Recht sämmtlicher Mitberechtigten der Ge-

meinde, wenn auch der Antrag dahin gerichtet ist, daß der Verklagte die ihm obliegende größere Steuerlast an die Gemeinde abtrage. Der §. 9. Tit. 14. Thl. II. des A. L. R. weist außerdem bei Streitigkeiten unter den Contribuenten über die Steuervertheilung auf die Vorschriften über gemeinschaftliches Eigenthum (Abschn. 1. Tit. 17. Thl. I. des A. L. R.) hin, so wie das A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §§. 450 ff. das Rechtsverhältniß mehrerer Correalberechtigten als eine Art von gemeinschaftlichem Eigenthum behandelt. Nach §. 4. Tit. 17. A. L. R. gehört nun das Recht eines jeden Theilnehmers auf die gemeinschaftliche Sache zum besonderen Eigenthume desselben; nach §. 11. können selbst durch die Mehrheit der Stimmen die übrigen Theilnehmer in ihren Rechten nicht beeinträchtigt werden; nach §. 44. müssen die theilbaren Nutzungen einer gemeinschaftlichen Sache, im Mangel näherer Bestimmungen, allemal nach Verhältniß der Anrechte eines jeden Interessenten getheilt werden, und nach §. 45. muß auch nach gleichem Verhältnisse jeder Theilnehmer zu den Lasten der Sache und zu den Kosten, welche darauf zu verwenden sind, beitragen.

Hiernach muß aber auch jeder Theilnehmer der Gemeinschaft nach seinem Anrechte gegen jeden Mittheilnehmer klagen können, insofern er durch dessen größere Theilnahme an den Nutzungen verkürzt oder durch dessen geringeren Beitrag zu den Lasten beschwert wird, und es handelt sich bei der Klage nicht um ein publicistisches Recht der Gemeinde, sondern um ein Privatrecht aus der Theilnahme an den Nutzungen und Lasten der Gemeinde-Mitglieder untereinander.

Diese Grundsätze sind auch im §. 5. des Gesetzes vom 11. Mai 1842 (Ges. Samml. S. 93.) anerkannt und gelten sowohl für politische, als Kirchen- und Schulgemeinden.

In der Sache selbst wurde definitiv noch nicht erkannt. Die angeordneten Ermittelungen sind hier von keinem Interesse.

№ 17.

Uferbefestigung. Dammanlage.

Durch §. 28. des Gesetzes vom 28. Januar 1848, über das Deichwesen, wird §. 63. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. nur insoweit außer Kraft gesetzt, als er sich auf die zur Deckung der Felder gegen Ueberschwemmungen bestimmten Dämme beziehet, — die Verpflichtung der Uferbesitzer zur ordinären Befestigung der Ufer aber für jetzt nicht aufgehoben. Präjudiz 2667.

A. L. R. Thl. II. Tit. 15. §. 63.
Gesetz vom 28. Januar 1848 (Nr. 2933. Ges. Samml. S. 59.) §. 28.

Die Ufer des die Stadt K. durchströmenden schiffbaren P. Flusses werden mittelst eines s. g. Bollwerkes befestigt, neben welchem eine öffentliche Straße hinläuft, die im Eigenthume der Stadt ist. Ueber die Unterhaltung und Reparatur jenes Bollwerkes war neuerdings Streit entstanden, indem der Magistrat, als Vertreter der Stadtcommune, — unter der Behauptung, daß die Besitzer derjenigen Häuser an der Passage, welche nach Letzterer hin einen Ausgang haben, auf Hausbreite das Bollwerk erhalten müßten — einen derselben wegen Erstattung von Kosten belangte,

welche durch eine nothwendig gewesene und polizeilich angeordnete Reparatur veranlaßt worden waren. Er gründete dabei seinen Anspruch theils auf landesherrliche Anordnungen, theils auf eine angeblich bestehende Local-Observanz, theils endlich auf Verjährung.

Die Richter der ersten beiden Instanzen — das Stadtgericht zu Königsberg und das Appellations-Gericht daselbst — erachteten denselben jedoch nach keiner Seite hin für gerechtfertigt und hatten deshalb durch die Urtel v. 29. März und 7. September 1855 den Kläger abgewiesen. Namentlich war das Appellations-Erkenntniß davon ausgegangen, daß nach §. 63. Tit. 15. Thl. II. A. L. R. ordinäre Uferbefestigungen, zu denen die jetzt streitig gewordene gehöre, von den Besitzern der Ufer unterhalten werden müßten, diese Pflicht also der Stadtcommune anheimfalle, weil sie Eigenthümerin der unmittelbar neben dem Bollwerk gelegenen Straße sei, insofern nicht dargethan werden könne, daß jene Last bezüglich des vor dem Hause des Verklagten belegenen Theiles des Bollwerks auf diesen übergegangen wäre, was denn nach specieller Erörterung der oben angegebenen verschiedenen Klagefundamente verneint ward, und solchergestalt zu der confirmatorischen Entscheidung hinführte.

Gegen diese hatte nun der klagende Magistrat noch die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt und solche zunächst gegen den vorgedachten Ausgangspunkt der appellations-richterlichen Argumentation gerichtet; rücksichtlich seiner jedoch die thatsächliche Feststellung des zweiten Richters:

> daß die Stadtcommune K. Eigenthümerin der längs der P. hinlaufenden Straße (Passage) sei, und das Bollwerk als eine ordinäre Uferbefestigung angesehen werden müsse, weil es innerhalb der Stadt keine andere Bestimmung

habe, als die neben dem Ufer des schiffbaren Stromes gelegene Straße zu tragen,

nicht weiter unter Angriff gestellt, auch die in der Klage mit Beweismitteln unterstützt gewesene Behauptung: daß jene Uferbefestigung eine extraordinäre sei, welche nur zum Schutze der an das Bollwerk stoßenden Häuser gereiche, und im Communal-Interesse eingehen könne, auf sich beruhen lassen, und von derselben abgesehen. Es ward vielmehr hier zunächst eine rechtsgrundsätzliche Verletzung des §. 63. Thl. II. Tit. 15. des A. L. R. gerügt und zur Begründung der Beschwerde auf §. 28. des Gesetzes vom 28. Januar 1848 über das Deichwesen hingewiesen, Inhalts dessen jener maaßgebend gewesene §. 63. a. a. O. außer Kraft gesetzt worden sei.

Die Beschwerde ist in dem Erkenntnisse des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 22. Mai 1856 zurückgewiesen, und beruhet diese Entscheidung auf folgenden

Gründen.

Unter dem allgemeinen Marginale: „Dämme," verordnet das Allgem. Landrecht im 15. Titel seines II. Theils:

§. 63. Ordinäre Befestigungen der Ufer, ingleichen Dämme, wodurch nur die zunächst daran stoßenden Felder gegen Ueberschwemmungen gedeckt werden sollen, müssen, der Regel nach, von den Eigenthümern der Ufer unterhalten werden;

demnächst bestimmt

§. 64. über die Anlegung und Unterhaltung der Hauptdämme, die einer ganzen Gegend zum Schutze gegen Ueberschwemmungen dienen, und daß dazu die Eigenthümer sämmtlicher geschützter Grundstücke beizutragen hätten;

ferner

§. 65. die Art und das Maaß des Beitrags nach verschiedenen Eventualitäten; endlich wird

§. 66. von dem Falle gehandelt, in welchem der Staat für die Kosten der Anlage und Unterhaltung eines in seinem Interesse nothwendig werdenden Dammes sorgen müsse.

Wenn nun der Seitens der Imploration angezogene

§. 28. des Gesetzes vom 28. Januar 1848 vorschreibt: alle von dem gegenwärtigen Gesetze abweichenden Bestimmungen der allgemeinen Landesgesetze, oder der für einzelne Landestheile bestehenden Verordnungen, namentlich die §§. 63—65. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. werden aufgehoben;

hier mithin eine Beschränkung allerdings nicht ausgesprochen ist, und insofern die Worte des Gesetzes mit einigem Scheine gegen den Appellations-Richter geltend gemacht werden könnten: so ergiebt sich doch — (wie in einem, dem gegenwärtigen ganz ähnlichen Falle früher bereits nachgewiesen worden ist, cfr. Archiv für Rechtsfälle Band 12. Nr. 59. Seite 267.) — die Unzulässigkeit der, von dem Imploranten vertheidigten, so unbedingt weitgreifenden und allgemeinen Anwendung des fraglichen Paragraphen aus dem Zwecke und Zusammenhange des ganzen Gesetzes von selbst.

Während nämlich §. 63. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. von zwei unter sich verschiedenen Gegenständen, als

a. der ordinären Befestigung des Ufers und
b. den Dämmen, welche die zunächst daran stoßenden Felder gegen Ueberschwemmungen decken,

handelt, bezieht sich das Gesetz vom 28. Januar 1848 lediglich und allein auf das Deichwesen und insofern auf Dämme, also den zweiten Theil des gedachten landrechtlichen Paragraphen. Nur hierüber haben neue und ausreichen-

dere Vorschriften ertheilt werden sollen, in der gesetzlichen Verpflichtung des Eigenthümers eines Flußufers zu dessen ordinärer Befestigung ist aber für jetzt noch nichts geändert und darum in dem Gesetze vom 28. Januar 1848 so wenig direct, als auch nur andeutungsweise, irgend etwas zu finden, was einer beabsichtigten Aufhebung oder Modification der desfallsigen Lasten das Wort redete. Unter solchen Umständen kann der §. 28. a. a. O, indem er „alle, von gegenwärtigem Gesetze abweichenden Bestimmungen der allgemeinen Landesgesetze, oder der für einzelne Landestheile ergangenen Verordnungen aufhebt," und unter jenen den §. 63. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. namentlich mitbezeichnet, doch nur auf den Theil desselben bezogen werden, welcher in der That dergleichen abweichende Bestimmungen enthält. Und dies sind gerade nur die oben sub b. gedachten. Die Aufhebung trifft daher allein sie, nicht aber den anderen Theil des §. 63. a. a. O., welcher bloß von den ordinären Uferbefestigungen handelt, und die Verpflichtung der Ufereigenthümer zu deren Unterhaltung ausspricht. —

Die fortdauernde Gesetzeskraft und Gültigkeit jenes ersten Abschnittes des §. 63. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. erscheint demnach außer Zweifel, ist also — wie in dem älteren Falle — auch im gegenwärtigen festzuhalten gewesen, und zwar um so mehr, als eines Theils Implorant nichts beigebracht hat, was zu einer Aenderung oder Aufgabe des dort adoptirten Rechtsgrundsatzes genügende Veranlassung geben könnte, und anderen Theils die eingesehenen Vorverhandlungen zum Gesetze vom 28. Januar 1848 der obigen Deutung seines §. 28. vollständig zur Seite stehen.

Diese ergeben nämlich, daß, nachdem die, von vorn herein schon nicht genügenden, späterhin hervortretenden

Bedürfnisse des fortschreitenden Verkehrs und der verbesserten Landescultur, oder noch weniger entsprechenden Bestimmungen über das Wasserrecht — (wie solches Suarez in seinem schriftlichen Vortrage über die Revision des vierten Bandes des A. L. R. selbst andeutet) — eine erste durchgreifende Ergänzung durch das Gesetz wegen des Wasserstandes bei Mühlen und Verschaffung der Vorfluth vom 15. November 1811 erfahren hatten, demnächst aber mit dem Gesetze über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 angemessen erweitert waren, gleichzeitig mit letzterm auch die Entwürfe einer allgemeinen Strom- und Ufer-Ordnung und eines Gesetzes über das Deichwesen in Berathung genommen wurden. Der allgemeine factische Zusammenhang zwischen der Verwaltung der Strom- und Ufer-Polizei und der Deichverwaltung führte zunächst darauf hin, beide Gegenstände der Gesetzgebung einer gemeinschaftlichen Revision zu unterwerfen. Diese ergab indessen, daß es ganz andere Grundansichten des Rechtes seien, aus welchen die gesetzlichen Bestimmungen für den einen und den anderen Gegenstand hergeleitet werden müßten und ließ die Nothwendigkeit erkennen, zwei ganz gesonderte Gesetzentwürfe über die Strom- und Uferpolizei der öffentlichen Flüsse und über das Deichwesen aufzustellen, deren Zweck und Tragweite wesentlich von einander verschieden blieben. In dieser Beziehung ist namentlich hervorzuheben, daß während die in Vorschlag gebrachte Strom- und Uferpolizei-Gesetzgebung sich strenge auf die öffentlichen (schiffbaren) Flüsse beschränken sollte, eine gleiche Beschränkung hinsichtlich der Gesetzgebung über das Deichwesen für um so mehr unpractisch und ohne leitendes Princip erachtet wurde, als Sümpfe und regelmäßig überschwemmte Niederungen, welche durch künstliche Abhaltung des Wassers (Deiche) in Cultur gesetzt

und erhalten werden können, sich auch vielfach in kleineren (nicht schiffbaren) Flüssen und Gewässern finden; — ein Hauptgegenstand der Strompolizei in der Sicherung des Ufers gegen Abbruch, also Conservation der Substanz, gefunden ward, dies aber bezüglich der Deiche weniger zu beachten blieb, indem diese vielmehr eine Erhöhung des Ertrages der Niederungen, also einen unmittelbaren Vortheil des Erbauers derselben, bezwecken, der mittelbar vielleicht auch Dritten zu Gute kommen könnte. Deiche erschienen hiernach nur insofern als Schutzanlagen, weil von ihrer Erhaltung auch die des herbeigeführten verbesserten Zustandes abhängt, umgekehrt aber blieb die Sicherung und Befestigung der Ufer für das Deichwesen nur mittelbar und insoweit von Einfluß, als in sehr vielen Fällen kostspielige und schwierige Arbeiten zur unmittelbaren Beschützung des Dammes dadurch würden entbehrlich werden.

Nach diesen Verschiedenheiten des Zweckes, und der darin bedingten verschiedenen Gesichtspunkte über die Verbindlichkeiten zur Anlage und Unterhaltung der Uferdeckungen und Deiche vertheilten sich denn die für nothwendig erachteten neuen gesetzlichen Bestimmungen in die desfalls aufgestellten besonderen Entwürfe und findet man demnach in dem welche die Strom- und Ufer-Polizei der öffentlichen Flüsse behandelt, zunächst den Begriff „eines öffentlichen Flusses" definirt, weiterhin aber Bestimmungen über die Benutzung derselben und ihrer Ufer, die Rechte auf Alluvionen und Inseln, endlich auch über die besonderen Verhältnisse der Uferbesitzer und in dieser Beziehung namentlich noch den Grundsatz ausgesprochen: „daß letztere unter gewissen, näher präcisirten Modalitäten der Regel nach verpflichtet sein sollten, die zur Sicherung ihrer Ufer gegen den Abbruch durch den Strom, erforderlichen Vorkehrungen nach Anweisung

der Landes-Polizeibehörde auszuführen und die angelegten Werke zu unterhalten;" — immer also den ersten Theil des §. 63. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. als leitendes Princip wieder, rücksichtlich dessen freilich mancherlei Ausnahmen resp. Beihülfe sowohl von Privaten als vom Staate in Aussicht gestellt wurden.

In dem Gesetze vom 28. Januar 1848 ist dagegen lediglich von dem Deichwesen, in obiger specifischer Bedeutung, also von Anlage und Unterhaltung der Privatdeiche, Bildung von Deichverbänden und von den in Folge solcher Bildung eintretenden Belastungen und Beschränkungen des Eigenthumes die Rede, bei den Vorverhandlungen und Berathungen auch wiederholentlich und mit voller Bestimmtheit darauf hingewiesen, daß der Zweck des für die ganze Monarchie bestimmten Entwurfes dahin gehe: „durch Aufstellung vollständiger, allgemein gültiger Vorschriften über das Deichwesen der Staatsverwaltung Mittel an die Hand zu geben, theils die erste Eindeichung noch unverwallter Niederungen herbeizuführen, theils Gründung neuer Deichverbände sowie die bessere Ordnung oder Erweiterung schon bestehender veranlassen zu können; — mithin nur der Gegenstand verfolgt und anderweit geordnet, welcher oben als der zweite (ad b) des §. 63. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. bezeichnet worden ist.

Die Gesetzgebung hat solchergestalt die, wesentlich nach zwei Richtungen hin wirksame Vorschrift des allegirten §. 63. ganz in dem oben angedeuteten Sinne aufgefaßt und weiter verfolgt, ist indessen für jetzt nur bezüglich „des Deichwesens" zum Abschlusse gekommen, in Ansehung „der Strom- und Ufer-Polizei der öffentlichen Flüsse" aber einstweilen noch und zwar aus Gründen in der Schwebe geblieben, deren Erörterung hier auf sich beruhen kann. Ihr Gang ergiebt jedoch unter allen

Umständen so viel, daß bei der Verordnung über das Deichwesen, nicht im entferntesten daran gedacht worden ist, die Verpflichtung der Ufereigenthümer zur Befestigung der Ufer öffentlicher Flüsse aufzuheben, und da auch das Gesetz vom 28. Januar 1848 nichts darauf bezügliches ausspricht, so muß der §. 28. desselben, der Regel des §. 46. Einleitung zum Allgemeinen Landrecht gemäß, nach dem deutlich erkennbaren Zwecke und Grunde des Gesetzes in geschehener Art, auf das Damm- und Deichwesen beschränkt, ausgelegt und gedeutet werden; um so mehr alsdann, wenn man die Verpflichtung der Ufereigenthümer, welche §. 63. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. generell hinstellt, für mitaufgehoben erachten wollte, es an einem entsprechenden Surrogate der desfallsigen Bestimmungen fehlen würde, dessen unbedingte Nothwendigkeit für einen solchen Fall ohne Weiteres einleuchtet.

Die Hauptbeschwerde des Imploranten ist demgemäß verworfen; auf die Gründe, welche sich mit einer Widerlegung der übrigen Specialrügen bezüglich der einzelnen Klagefundamente beschäftigen, kommt es hier weiter nicht an.

№ 18.

Zulässigkeit des Rechtsweges gegen die verfügte Entlassung eines Vormundes.

Muß dem gewesenen Vormunde über die Ursachen seiner Entlassung auch dann rechtliches Gehör verstattet werden, wenn er, nach dem Ermessen des

Vormundschaftsgerichtes, in Umstände gekommen ist, wo er seinem Amte nicht mehr gehörig vorstehen kann?

A. L. R. Thl. II. Tit. 18. §§. 919., 945.

Prozeß=Ordnung Tit. 39. §§. 13—25.

Mittelst Verfügung der zweiten Abtheilung des Kreisgerichts zu Tilsit vom 24. Januar 1851 ist der Kaufmann Sz. zum Vormunde der am 20. October 1850 außerehelich geborenen Emma Sr. bestellt worden. Im Mai 1851 trat er aus der evangelischen Landeskirche, der er bis dahin angehört hatte, aus, und schloß sich der dortigen s. g. freien evangelischen Gemeinde an. Hieraus entnahm die genannte vormundschaftliche Behörde Veranlassung, ihn durch die Verfügungen vom 10. Mai und 25. Juni 1854 seines Amtes zu entlassen und ihm seine Bestallung abzufordern. Diese Maaßregel stützte sich wesentlich auf die Vorschrift des §. 137. Thl. II. Tit. 18. des A. L. R.:

> Christen können für Personen, die keiner der christlichen Religions-Parteien zugethan sind, und diese für jene, zu Vormündern nicht bestellt werden,

sowie auf die fernere Bestimmung des §. 945. ebendaselbst, welcher im Anschluß an den §. 944.:

> Geräth ein schon bestellter Vormund in Umstände, wo er der Vormundschaft fernerhin gehörig vorzustehen sich nicht getrauet: so ist er befugt und schuldig, dieselben dem vormundschaftlichen Gerichte zur näheren Beurtheilung anzuzeigen,

dahin lautet:

> Auch ohne dergleichen Anzeige muß das Gericht einen Vormund, welcher in Umstände kömmt, wo er seinem Amte nicht mehr gehörig vorstehen kann, desselben, sobald dergleichen Umstände zu seiner Wissenschaft gelangen,

entlassen und für die Bestellung eines anderen Vormundes sorgen.

Die von dem Kaufmann Sz. gegen seine Entlassung geführte Beschwerde ist von dem Appellations-Gerichte zu Insterburg nicht für begründet erachtet worden. Aber auch mit seiner demnächst gegen die minorenne Sr. angestrengten, dahin gerichteten Klage:

zu erkennen, daß seine mittelst der gerichtlichen Verfügungen vom 10. Mai und 25. Juni 1854 erfolgte Entlassung von der ihm bis dahin anvertraut gewesenen Vormundschaft über die Verklagte wieder aufzuheben, er für wohl befugt zu erachten, die Vormundschaft über die Verklagte mit den gesetzlichen Rechten und Pflichten eines Vormundes auszuüben, und ihm die während des Laufes des Processes abgenommene vormundschaftliche Bestallung zurückzugeben,

ist er durch die beiden gleichlautenden Vorurtel des Kreisgerichts zu Tilsit, vom 25. September 1855, und des Appellations-Gerichts zu Insterburg, vom 21. Februar 1856, abgewiesen worden.

Gegen das zweite Erkenntniß hat der Kläger zwar noch die Revision eingelegt, der erste Senat des Ober-Tribunals indessen in seiner Sitzung am 16. Juni 1856 die Bestätigung der beiden früheren Erkenntnisse ausgesprochen, und zwar aus folgenden

Gründen.

Die Auswahl der Personen, welche zu Vormündern oder Curatoren bestellt werden sollen, gehört zur Beurtheilung des Vormundschaftsgerichts (§. 110. a. a. O.); dasselbe ist ebenso befugt, wie verpflichtet, sie bei Führung ihres Amtes zu dirigiren und unter beständiger Aufsicht zu halten — §. 237. — und es muß selbst von Amts wegen

einen bereits bestellten Vormund, welcher in Umstände kommt, wo er seinem Amte nicht mehr gehörig vorstehen kann, desselben entlassen, sobald dergleichen Umstände zu seiner Wissenschaft gelangen. — §§. 165. und 945. — In allen diesen Fällen handelt der vormundschaftliche Richter offenbar als Verwaltungsbehörde und eben deshalb unterliegen seine Maaßregeln insofern nicht der Beurtheilung und Entscheidung des Proceßrichters. Allerdings ist es möglich, daß der Vormundschaftsrichter bei Bestellung des Vormundes oder bei Führung der Aufsicht und Direction über ihn, ein Versehen begeht, und daß er sich dadurch alsdann, wie jeder andere Beamte, verantwortlich macht (§. 89. Thl. II. Tit. 10., §. 301. Thl. II. Tit. 18. des A. L. R.); um eine derartige Vertretungsverbindlichkeit der zweiten Abtheilung des Kreisgerichts zu Tilsit handelt es sich hier indessen nicht. Der Kläger meint vielmehr, daß seine Entlassung ohne rechtlichen Grund erfolgt sei, und sein Antrag, wie er oben vollständig mitgetheilt ist, ergiebt deutlich, daß seine Absicht recht eigentlich dahin gerichtet ist, im Wege des Civil-Processes eine von der Vormundschaftsbehörde getroffene Anordnung aufzuheben und rückgängig zu machen. Das erscheint jedoch jedenfalls unstatthaft; die hier obwaltende Differenz zwischen dem entlassenen Vormunde und dem obervormundschaftlichen Gerichte kann allein im Beschwerde- und Aufsichtswege durch die vorgesetzte Behörde des letzteren erledigt, niemals aber unter den Begriff von Streitigkeiten über Sachen und Rechte, welche einen Gegenstand des Privateigenthums ausmachen, subsummirt, und also auch nicht durch richterlichen Ausspruch entschieden werden.

§. 1. der Einleitung zur Proceß-Ordnung.

§. 35. der Verordnung vom 2. Januar 1849.

Nur anscheinend steht dem der §. 200. Thl. II. Tit. 18. des A. L. R.:

Personen, welche durch Ernennung des Erblassers oder durch Familienverträge zur Führung einer Vormundschaft vorzüglich verpflichtet und berechtigt sind, können, wenn sie vom Richter übergangen werden, auf rechtliches Gehör und Erkenntniß nach näherer Vorschrift der Prozeß-Ordnung antragen,

entgegen. Daß jedoch diesem Gesetze ein solcher Sinn keinesweges beizulegen sei, ist schon bei der Gesetzrevision zur Sprache gekommen (Pensum VII. Seite 123.), indem dort bemerkt worden:

Der §. 200. habe ganz das Ansehen, als solle das rechtliche Gehör gegen den Vormundschafts-Richter selbst gestattet sein; die §§. 11. und 12. Tit. 39. der Proceß-Ordnung aber reden davon, wenn mehrere Personen unter sich darüber streiten, welcher von ihnen die Vormundschaft gebühre. Ersteres könne unmöglich die Absicht sein; denn wie könne man eine Klage gegen den Richter selbst gestatten, dem man das Recht beigelegt habe, nach seiner innersten Ueberzeugung denjenigen zum Vormunde zu wählen, den er für den Besten hält, dem man ausdrücklich erlaubt habe, auf die von den Eltern ernannten Personen, auf die Mutter und auf die Verwandten durchaus keine Rücksicht zu nehmen; sobald er dieselben zu Vormündern nicht für geeignet halte? Aus gleichen Gründen könne man auch mehreren Personen unter sich einen Proceß darüber nicht gestatten, welcher von ihnen die Vormundschaft gebühre, denn jede Argumentation der einen oder anderen Partei zerfiele augenblicklich durch die Erwiderung der Gegenpartei, daß es ja lediglich von dem Ermessen des Richters abhänge, welcher von ihnen er die

Vormundschaft übertragen wolle, sie also gar kein eigentliches Recht auf die Vormundschaft hätten, welches sie gegen einander ausfechten könnten.

Nach der Auffassung des Allgemeinen Landrechts ist die Vormundschaft nicht, wie es nach dem älteren römischen Rechte die tutela für den nächsten Agnaten ursprünglich allerdings war, ein Recht, sondern eine allgemeine Bürgerpflicht. Ein absolutes Recht Jemandes, daß ihm die Vormundschaft über eine bestimmte Person übertragen werden müßte, erkennt das Allgemeine Landrecht nicht an, vielmehr bezeichnet es in den §§. 172 ffg. 186 ffg. 192 ffg. und 199. nur diejenigen Personen, auf welche der Richter bei der Auswahl des zu bestellenden Vormundes vorzüglich Rücksicht nehmen soll, ohne ihn jedoch hierbei anders, als allein durch die Rücksicht auf das Beste des Pflegebefohlenen zu binden. §§. 184. 187. 193.

In der That trägt nach den Grundsätzen des Allgemeinen Landrechts jede Vormundschaft den rechtlichen Charakter einer Dativ-Tutel an sich, da auch selbst der befreiteste testamentarische Vormund zu seinem Amte bei dem vormundschaftlichen Gerichte verpflichtet und mit einer gerichtlichen Bestallung versehen werden muß, und jeder Vormund erst durch die Bestallung das Recht und die Pflicht zur Ausübung seines Amtes erhält. — §§. 684 und 225. Thl. II. Tit 18. —

Ohnehin treffen aber auch die Bedingungen des §. 200. Ernennung des Erblassers oder Verpflichtung zur Führung der Vormundschaft durch Familien-Verträge, bei dem Kläger nicht zu, namentlich begründet sein Verhältniß als unehelicher Vater der Verklagten zu dieser keine Familien-Verbindung, (§§. 612. 639. Thl. II. Tit. 2. des A. L. R.)

vielmehr schreibt der §. 197. Thl. II. Tit. 18. des A. L. R. umgekehrt vor:

Unehelichen Kindern sind in der Regel Fremde, welche zur Familie der Eltern nicht gehören, zu Vormündern zuzuordnen.

Und diese Bestimmung erscheint um so gerechtfertigter, als dem unehelichen Kinde eben vornehmlich zu dem Zwecke ein Vormund bestellt wird, um dessen Rechte gegen den unehelichen Vater wahrzunehmen und mit beiden Eltern wegen dessen Erziehung und Verpflegung die nöthigen Einrichtungen unter Aufsicht des vormundschaftlichen Gerichts zu verabreden. §. 615. Thl. II. Tit 2. des A. L. R.

Gerade jetzt und in dem vorliegenden Falle möchte aber ein solches Einschreiten des Vormundes um so mehr an seiner Stelle und zu empfehlen sein, als das gesetzliche Erbrecht an dem Nachlasse des Vaters dem unehelichen Kinde nur dann zusteht, wenn letzteres entweder

ein in einer öffentlichen Urkunde abgegebenes Anerkenntniß der Vaterschaft von Seiten des Ersteren beizubringen vermag,

oder

der Erblasser in einem bei seinen Lebzeiten ergangenen Urtel als Vater des Kindes erachtet ist.

Gesetz vom 24. April 1854 §. 19.

Der Revident stützt indessen sein Verlangen, daß im Wege des Processes durch Urtel und Recht über den gesetzlichen Grund oder Ungrund seiner Entlassung als Vormund der Verklagten befunden und erkannt werde, vornehmlich auf den §. 919. Thl. II. Tit. 18. des A. L. R., welcher als erläuternder und beschränkender Zusatz zu dem vorhergehenden §. 918.:

Das vormundschaftliche Gericht kann den von ihm be-

stellten Vormund wieder entlassen und einen anderen bestellen, sobald es solches dem Besten des Pflegebefohlenen zuträglich findet,

hinzufügt:

Nur alsdann, wenn der zu entlassende Vormund widerspricht, muß ihm über die Ursachen der Entlassung rechtliches Gehör und Erkenntniß verstattet werden.

Es wird daher nöthig, das Verhältniß dieser Vorschrift zu den §§. 944—946. insbesondere auch zu dem oben bereits mitgetheilten §. 945. näher zu untersuchen und namentlich zu prüfen, ob die gedachte Vorschrift des §. 919. eine dergestalt allgemeine ist, daß sie auch für den hier vorliegenden Fall des §. 945. maaßgebend erscheint. Dies letztere muß indessen verneint werden.

Von Seiten des Vormundes endigt sich das vormundschaftliche Amt desselben

1) durch dessen Tod, §§. 900—917.,
2) durch Entlassung, §§. 918—923.,
3) durch Remotion, §§. 924—940.,
4) durch eintretende Gründe zur Excusation, §§. 941—943.,
5) durch eintretende Unfähigkeit §§. 944—946. und
6) durch Wiederverheirathung der zur Vormünderin bestellt gewesenen Mutter, §§. 947—949.

Die Fälle zu 1. 4. und 6. liegen hier entschieden nicht vor, die desfallsigen Vorschriften bieten daher auch für die gegenwärtige Untersuchung kein besonderes Interesse dar; dagegen müssen die drei übrigen Fälle zu 2. 3. und 5. näher ins Auge gefaßt werden. Das vormundschaftliche Gericht kann den von ihm bestellten Vormund wieder entlassen und einen anderen bestellen, sobald es solches dem Besten des Pflegebefohlenen zuträglich findet; nur alsdann, wenn der zu entlassende Vormund widerspricht, muß ihm über die

Ursachen der Entlassung rechtliches Gehör und Erkenntniß verstattet werden. — §§. 918. 919. — Macht aber der Vormund sich eines unredlichen Betragens gegen den Pflegebefohlenen verdächtig, so muß die Sache von Amtswegen untersucht und über seine Remotion erkannt werden. — §. 924. — Bestimmt ist der Unterschied zwischen einer derartigen Entlassung und einer solchen Remotion zwar nicht angegeben; die in den folgenden §§. 920. bis 923. und 925. bis 940. hinzugefügten erläuternden Beispiele thun indessen dar, daß zu jener schon eine Nachlässigkeit des Vormundes in seiner Amtsverwaltung genügt, dessen Remotion aber nothwendig ein unredliches Betragen desselben voraussetzt. Noch unzweifelhafter bestätigen dies aber die Vorschriften der Proceß-Ordnung Tit. 39. Nachdem die §§. 13—18. das einzuleitende Scrutinialverfahren vorgezeichnet haben, wenn ein vormundschaftliches Collegium entweder selbst wahrnimmt, oder ihm von glaubwürdigen Personen, besonders von Mit- oder Ehrenvormündern, Verwandten u. s. w. angezeigt wird, daß ein unter seiner Aufsicht stehender Vormund sich eines unredlichen, oder doch nachlässigen, unachtsamen und der Person oder dem Vermögen des Pflegebefohlenen zum Nachtheile gereichenden Betragens verdächtig mache, fahren sodann die §§. 19—23. weiter fort:

> Findet das vormundschaftliche Gericht, daß durch diese vorläufige Untersuchung die dem Vormunde zur Last fallenden verdächtigen Umstände nicht hinlänglich zu seiner Rechtfertigung aufgeklärt worden, so müssen, zur Abwendung alles besorglichen Nachtheils von dem Pflegebefohlenen, die nach den Umständen möglichen und zweckmäßigen Verfügungen durch Ansetzung eines Nebenvormundes, abgeänderte Vertheilung der Administration unter die

etwa schon bestellten mehreren Vormünder, Eintragung oder Erhöhung der Caution, Erlassung von Inhibitionen an die Schuldner, Pächter oder Wirthschafter, und andere dergleichen Vorsichtsmaaßregeln getroffen werden, bei welchen es in allen Fällen, bloß mit Vorbehalt des gewöhnlichen Weges der Beschwerde bei der dem vormundschaftlichen Gerichte unmittelbar vorgesetzten Behörde, sein Bewenden hat.

Außerdem muß aber das vormundschaftliche Gericht auf die angestellte vorläufige Untersuchung zugleich beschließen, ob es bloß bei diesen Maaßregeln belassen und der angeklagte Vormund beibehalten, oder ob auf seine gänzliche Entlassung, oder gar auf seine Remotion gedrungen werden solle.

Wird Letzteres nöthig gefunden, so muß ferner geprüft werden, ob die gegen den beschuldigten Vormund vorhandenen Anzeigen auf eine vorsätzliche Untreue und Unredlichkeit oder nur auf schuldbare Nachlässigkeit und in seiner Verwaltung begangene grobe Versehen folgern lassen.

Ist Ersteres der Fall, so wird fiskalische oder nach Beschaffenheit der Umstände wirkliche Criminal-Untersuchung gegen den beschuldigten Vormund veranlaßt. Ist aber nur Schuld und Nachlässigkeit vorhanden, so wird die Sache zu einer ordentlichen Klage gegen ihn eingeleitet und dem Pflegebefohlenen zu solchem Behufe ein Curator zugeordnet. Die weitere Verhandlung gehört nicht zu dem vormundschaftlichen, sondern vor dasjenige Gericht, welchem in demselben Bezirke, wo die Vormundschaft geführt wird, die ordentliche Civil- oder Criminal-Gerichtsbarkeit zusteht.

Daß nun, wenn es auf eine Remotion des verdächtigen Vormundes ankam, die Sache nicht durch eine bloße Ver-

fügung abgemacht werden konnte, folgte selbstredend daraus, daß zu diesem Zwecke eine förmliche fiskalische oder Criminal-Untersuchung eingeleitet werden sollte, die natürlich zu einem Erkenntnisse führen mußte. Sowohl das damals geltende landrechtliche Criminalrecht — §§. 1331., 1332. Thl. II. Tit. 20. — als auch das seitdem in Kraft getretene Strafgesetzbuch — §. 246. Nr. 1. — enthalten besondere Bestimmungen über die Bestrafung untreuer Vormünder, namentlich schreibt der §. 1331. a. a. O. vor:

Vormünder und Curatores, die durch untreue und unredliche Verwaltung des Vermögens ihres Pflegebefohlenen die Remotion verwirkt haben — (Tit. 18. §. 924 ff.) — sollen außer der ordinären Strafe des qualificirten Betruges für unfähig erklärt werden, ein öffentliches Amt zu bekleiden, irgend eine Art des Erfüllungseides wider den Willen des anderen Theils zu leisten und in Anderer Rechtsangelegenheiten ein glaubwürdiges Zeugniß abzulegen.

Diese Strafe erinnert augenscheinlich an die Bestimmung des römischen Rechts, nach welchem den propter dolum, in gestione tutelae admissum, removirten Vormund die Infamie traf,

Hofacker, Principia jur. civil Tom I. §. 678.

L. l. D. de his qui notant infam. (3. 2.)

L. 9. Cod. de suspectis tutoribus (5. 43.)

wogegen es von demjenigen, qui ob segnitiem vel rusticitatem, inertiam, simplicitatem vel ineptiam remotus sit, heißt: in hac causa est, ut integra existimatione tutela vel cura abeat.

L. 3. §. 18. D. de suspectis tutoribus (26. 10.)

Der Unterschied zwischen untreuen und bloß nachlässigen Vormündern ist auch bei der Redaction des Allgemeinen

Landrechts zur Sprache gebracht und festgehalten worden, man hat aber nicht, wie im römischen Rechte, an den einen oder den anderen Fall nur verschiedene rechtliche Wirkungen geknüpft, sondern ihn dazu benutzt, um für jenen und diesen Fall zugleich ein verschiedenartiges formelles Verfahren einzuführen; die Remotion des untreuen Vormundes soll nur im Wege des Untersuchungs-Verfahrens durch förmliches Erkenntniß ausgesprochen werden können; die Entlassung des nachlässigen Vormundes dagegen erfolgte durch einfaches Decret, und nur, wenn der zu entlassende Vormund widerspricht, mußte ihm über die Ursachen der Entlassung rechtliches Gehör und Erkenntniß verstattet werden. Allein auch dieser letztere Vorbehalt erregte Bedenken. v. Tevenar war der Meinung, daß die gedachte Verordnung nur auf den Fall Anwendung finden könnte, wenn ein Vormund böslich gehandelt und wissentlich seinen Pflegebefohlenen in Schaden gesetzt habe; wenn er sich bloß der Nachlässigkeit oder Unbetriebsamkeit schuldig gemacht, so könne er bloß per modum decreti ohne processualische Weiterungen seiner Vormundschaft entsetzt werden. Bei der Revision dieser Erinnerungen erwiderte Suarez jedoch:

> Wenn der Vormund seiner Entlassung contradicirt und behauptet, daß dasjenige, was ihm zur Last gelegt wird, ungegründet und unerheblich sei, so sehe ich doch auch nicht ab, wie man ohne causae cognitio darüber wegkommen könne; indem doch immer die Jemand wider seinen Willen ertheilte Dimission von einem vormundschaftlichen Amte seiner Renomee im Publico nachtheilig ist. (Gesetz-Revision Pensum VII. S. 252.)

Die §§. 919. und 924. charakterisiren sich hiernach als Ausnahme-Bestimmung, die in besonderen Rücksichten ihren

legislativen Grund finden, und eben deshalb über ihren Wortlaut hinaus auf ganz andere Fälle nicht wohl extendirt werden können. Durch die Verfügungen vom 10. Mai und 25. Juni 1854 ist der Kläger aber weder wegen nachlässiger Führung der Vormundschaft entlassen, noch wegen verübter Untreue removirt worden; die Bestimmungen der §§. 919. und 924. a. a. O. können daher überall nicht maaßgebend sein. Das Kreisgericht zu Tilsit hat in seiner Eigenschaft als vormundschaftliche Behörde die Entlassung des Klägers lediglich auf Grund der §§. 137. 945. a. a. O. d. h. um deshalb beschlossen, weil er durch seinen Austritt aus der evangelischen Landeskirche und seinen Anschluß an die vom Staate nicht anerkannte s. g. freie Gemeinde in Umstände gekommen sei, wo er seinem Amte der Vormundschaft über die Verklagte, nicht mehr gehörig vorstehen könnte. Für einen solchen Fall behält der §. 945. dem entlassenen Vormunde den Rechtsweg nicht vor, es konnte daher auch über den rechtlichen Grund oder Ungrund jener Verfügungen nicht mittelst Erkenntnisses entschieden werden, wie der Kläger es verlangt.

Eben deshalb aber kömmt es auch hier nicht weiter darauf an, ob der Kläger nach dem Patente vom 30. März 1847 §. 2. (Ges.-Samml. S. 123.) nach wie vor als Angehöriger der deutsch-lutherischen Kirchengemeinde zu Tilsit, zu der es bis zu seinem Austritte aus der evangelischen Landeskirche gehört hatte, angesehen werden muß, was er für sich geltend macht, oder ob der §. 137. a. a. O. durch den Art. 12. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 außer Kraft gesetzt ist, wie in dem Revisions-Berichte angedeutet wird. Gegen die gedachten Verfügungen stand dem Kläger allein der Weg der Beschwerde an das Appellations-Gericht zu Insterburg offen, er hat denselben auch betreten, ist von

demselben aber abschläglich beschieden und hierbei muß es somit lediglich sein Bewenden behalten. — §. 35. der Verordnung vom 2. Januar 1849.

№ 19.

Competenz der Schiedsrichter.

Wird bei einer vor einem Schiedsrichter anhängig gemachten Klage, die Existenz eines gültigen Compromisses über den Gegenstand des Processes von der einen Partei bestritten, so ist der Schiedsrichter nicht befugt, selbst über diese Einwendung zu erkennen. Die Entscheidung über dieselbe muß vielmehr im ordentlichen Proceßwege erfolgen. Präj. 2668.

Allgem. Ger. Ordn. Thl. I. Tit. 2. §§. 167. 171. 176.

Der Ziegelmeister Sch. hat sich durch Vertrag vom 13. Juni 1854 zur Anfertigung der zum Neubau des Hauses des Kaufmanns G. erforderlichen Ziegelsteine verpflichtet und es heißt im §. 6. dieses Vertrages:

Beide Theile machen sich verbindlich, alle Differenzen, unter Ausschluß des gewöhnlichen Rechtsweges, durch einen Schiedsrichter schlichten zu lassen, und sich dessen Urtheile unbedingt zu unterwerfen. Sie bezeichnen als solchen den Bauführer P. Letzterem übertragen sie zugleich die Abnahme der fertigen Ziegel und verpflichten sich, dessen Entscheidung über Qualität und Zahl der fertigen Steine unbedingt als maaßgebend und richtig anzuerkennen.

Bei diesem P. stellte Sch. eine Klage auf 337 Thlr. 21 Sgr. 2 Pf., theils wegen angeblich bereits gelieferter Ziegelsteine, theils als durch contractwidriges Verhalten des G. entgangener Gewinn an. Der G. verweigerte, sich auf ein Verfahren vor P. einzulassen, weil derselbe

a. nach §. 2. und §. 6. des Vertrages zugleich die Leitung der Ziegelei und die Ausführung der dabei vorkommenden Anordnungen übernommen habe, mithin eine mit dem Schiedsrichter-Amt unvereinbare Stellung als Bevollmächtigter einer Partei, (§§. 143. 171. Thl. I. Tit. 2. A. G. O.)

b. weil ihm §. 6. zugleich die Abnahme der Ziegel, also das mit dem Schiedsrichter-Amt unvereinbare Amt eines arbitrators übertragen habe.

Der Schiedsrichter verwarf jedoch den hierauf gestützten Präjudicial-Einwand der Incompetenz durch sein Urtel vom 18. September 1854.

Die von dem Kaufmann G. hiergegen eingelegte Nichtigkeits-Klage ist durch die gleichlautenden Urtel des Kreisgerichts und des Appellations-Gerichts zu Paderborn vom 8. Februar resp. 11. October 1855 zurückgewiesen worden. Auf die Nichtigkeits-Beschwerde des G. hat der vierte Senat des Ober-Tribunals am 17. Juni 1856 das Appellations-Urtel vernichtet und in der Sache selbst den Schiedsspruch für nichtig erklärt, aus folgenden

Gründen.

Der Provocant ist von dem Provocaten auf Grund des Vertrages v. 13. Juni 1854, Ziegelstein-Anfertigung und Lieferung betreffend, bei dem Baumeister P., als Schiedsrichter, belangt worden, hat den Einwand erhoben, daß der P., weil er Bevollmächtigter einer Partei und zugleich zur Abnahme der Ziegel bestimmt, Schiedsrichter, obwohl in

jenem Vertrage dazu bestimmt, nicht sein könne, und hat auf Nichtigkeits-Erklärung des Schiedsspruches vom 18. September 1854 geklagt, wodurch der P. den Einwand der Incompetenz verworfen hatte. Der Appellations-Richter weiset in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter diese Klage zurück. Soweit der Richter die Sache nicht danach angethan findet, eine Nichtigkeit des schiedsrichterlichen Spruches wegen materieller Unrichtigkeit desselben auszusprechen, können die gegen diesen Theil der Entscheidungsgründe erhobenen Nichtigkeits-Angriffe dahin gestellt bleiben. Denn das Urtel hat außerdem noch die Vorfrage:

ob der Schiedsrichter überhaupt befugt gewesen, über seine eigene bestrittene Competenz zu erkennen?

mit Recht in den Kreis der Beurtheilung gezogen, eine Frage, welche, wenn sie verneint wird, die Nichtigkeit des Schiedsspruches, möchte derselbe auch materiell richtig sein, als formal ungültig herbeiführen muß. Der Appellations-Richter bejaht diese Frage, weil der P. durch den §. 6. des Vertrages zum Schiedsrichter für Entscheidung aller Differenzen unbeschränkt ernannt worden, ein Schiedsrichter aber, gleich dem ordentlichen, über seine Competenz erkennen müsse, widrigenfalls es in die Willkür der Parteien gegeben sein würde, die Sache durch Einreden, wie sie hier aufgestellt worden, statt schleuniger Entscheidung möglichst in die Länge zu ziehen.

Dieser Ausspruch enthält die in der Nichtigkeits-Beschwerde gerügte Verletzung des Grundsatzes: daß der Schiedsrichter nicht über die Existenz des Compromisses selbst zu erkennen habe, die Entscheidung vielmehr, wenn darüber Streit entsteht, zur ausschließlichen Befugniß des ordentlichen Richters gehöre; ein Grundsatz, der als Rechtsgrundsatz zu betrachten ist, da er sich auf die Wirkung des

Compromiß-Vertrages bezieht. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes folgt aus der Natur des Compromisses. Der Schiedsrichter erhält seine Berechtigung, den Streit der Parteien zu entscheiden, nicht, wie der ordentliche Richter, vermöge einer kraft Bestallung auszuübenden öffentlichen Function, sondern auf Grund des Vertrages, also des übereinstimmenden Willens der Parteien. Die Existenz dieses Vertrages muß feststehen, ehe der Schiedsrichter überhaupt die Befugniß hat, eine Entscheidung der Sache auszusprechen. Die Existenz des Vertrages ist nicht bloß davon abhängig, daß in einer formell gültigen Urkunde der Schiedsrichter von den Parteien als solcher constituirt worden, ein Requisit, welches im vorliegenden Falle allerdings nicht fehlt; sondern die Rechtsgültigkeit dieser Constituirung wird nicht minder erfordert, um die rechtliche Existenz des Compromisses, welche die Competenz des Schiedsrichters bedingt, festzustellen. Liegen z. B. Mängel in der persönlichen Fähigkeit der contrahirenden Theile, Hindernisse in der Person des gewählten Schiedsrichters vor, fällt der klagend geltend gemachte Anspruch nicht unter den vertragsmäßigen Kreis seiner Wirksamkeit, so wird hierdurch seine Cognition ebenso gut ausgeschlossen, als wenn ein Compromiß-Vertrag gar nicht abgeschlossen wäre. Ob ein Grund der Ungültigkeit des Compromisses wirklich vorhanden sei, ist eine Frage, welche, wenn sie unter den Parteien streitig wird, nicht anders, als durch richterliche Entscheidung beantwortet werden kann. Diese Entscheidung aber zu geben, dazu ermächtigt das Compromiß den Schiedsrichter nicht, er würde sich in einem Cirkel bewegen, wollte er selbst die Bedingung als vorhanden feststellen, von der allein sein Recht, überhaupt irgend etwas unter den Parteien festzustellen, abhängig ist. Mithin muß, sobald eine Partei den

Einwand der Ungültigkeit des Compromisses aufstellt, der Schiedsrichter nicht über diesen Einwand erkennen, sondern sich des weiteren Verfahrens in der Sache enthalten, bis die Vorfrage selbst durch richterliche Entscheidung beantwortet worden ist. Die Uneinigkeit der Parteien über die Frage der Existenz eines gültigen Vertrages, hemmt jede weitere Function des Schiedsrichters, dessen Competenz als Richter eben durch den Vertrag, d. h. durch die unzweideutige wechselseitige Uebereinstimmung der Parteien bedingt ist.

Wenn daher auch nach §. 171. Thl. I. Tit. 2. der A. G. O. Schiedsrichter nicht nur bei der Entscheidung, sondern auch bei der Erörterung der Sache die Vorschriften der Landesgesetze befolgen sollen, so kann doch diejenige Vorschrift, nach welcher ein ordentlicher Richter über seine Competenz zu erkennen hat, nicht wie der Appellations-Richter annimmt, als hierunter mitbegriffen angesehen werden. Diese Vorschrift bezieht sich, ihrer Natur nach, eben nur auf den ordentlichen Richter und dessen Befugniß, welche eine Folge seiner staatlichen Stellung, seiner allgemeinen Berechtigung: bei ihm angebrachte Klagen unter Vorbehalt des Instanzenzuges zu entscheiden, ist. Das Gesetz räumt ihm das Recht ein, selbst zunächst darüber zu befinden, ob seine, im Allgemeinen vorhandene Berechtigung zum Urtheilen, auch in dem, der Beurtheilung vorliegenden Falle Platz greife. Dem Schiedsrichter fehlt die staatliche Stellung, die allgemeine Berechtigung zum Urtheilen, sie muß, wie gezeigt, bei ihm erst vermöge eines gültigen Compromiß-Vertrages festgestellt werden.

Diesen wichtigen Rechtsgründen gegenüber verdient die Erwägung des Appellations-Richters, daß, wenn erst im ordentlichen Proceßverfahren die Competenzfrage zu entscheiden sei, es in die Willkür des Einen oder Anderen der Par-

teien gegeben sein würde, die Sache selbst statt schleuniger Erledigung möglichst in die Länge zu ziehen, keine Berücksichtigung. Der Möglichkeit solchen Mißbrauches steht anderer Seits die erhebliche Gefahr gegenüber, daß die Partei ihrem ordentlichen Richter gegen ihren ausgesprochenen Willen ohne rechtlichen Grund entzogen werden kann, wenn der Schiedsrichter selbst über die streitige Competenz urtheilt, da sein Urtheil nur in sehr beschränktem Maaße durch die Provokation des §. 172. und 174. Thl. I. Tit. 2. der A. G. O. anfechtbar ist, welche sehr häufig nicht dazu angethan sein wird, die streitige Frage zur freien richterlichen Entscheidung zu bringen. Es bleibt auch nach preußischem Verfahren die mögliche Erwägung: daß es sich ja nur von einer formellen Befugniß des Schiedsrichters, einen Ausspruch zu thun, nicht von der materiellen Wirkung dieses Ausspruches handele, keinesweges zulässig. Nach gemeinem Processe allerdings kann ein laudum nicht ohne Weiteres exequirt werden, es ist vielmehr aus demselben beim ordentlichen Richter auf Erfüllung zu klagen. Das Fundament dieser Klage ist der Compromiß-Vertrag, und es kann mithin die Existenz und Gültigkeit desselben zur vollen gerichtlichen Contestation unter den Parteien noch nach ergangenem Schiedsspruche kommen.

Glück, Pandecten VI. S. 93 ff.

Schmidt, von Klagen und Einreden §. 747 ff. 752.

Nach §. 176. Thl. I. Tit. 2. der A. G. O. aber kann der obsiegende Theil unter Einreichung des geschlossenen Compromisses und des Schiedsspruches, die Execution aus demselben bei dem gehörigen Richter nachsuchen. Hat also ein Schiedsrichter mit Verwerfung des Incompetenz-Einwandes den Verklagten verurtheilt und die Richtigkeits-Klage des §. 172. und 174. keinen Erfolg gehabt, so bleibt dem Ver-

urtheilten die Möglichkeit, nachträglich die Frage der Existenz des Compromisses zur richterlichen Beurtheilung zu bringen, nicht übrig. Um so mehr muß im preußischen Verfahren an dem Grundsatze, daß die vorgedachte Frage nicht Gegenstand der Entscheidung des Schiedsrichters selbst werden kann, festgehalten werden.

Aus vorstehender Entwickelung ergiebt sich die Vernichtung des Appellations-Urtels und auch in der Sache selbst die Abänderung des ersten Urtels dahin, daß der Schiedsspruch, der sich über einen, dem Schiedsrichter gesetzlich nicht freistehenden Gegenstand verhält, für nichtig zu erklären ist. Auf diesen Ausspruch hat sich aber die Entscheidung zu beschränken, nicht bloß, weil die Parteien dahin einig sind, daß zunächst nur über die Nichtigkeitsfrage erkannt werde, sondern auch, weil eine Entscheidung in der Hauptsache im gegenwärtigen Verfahren eben so wenig geschehen kann, als die Erörterung der Frage, ob dem Schiedsrichter wirklich die von dem Provocanten gemachten Einwendungen gegen seine Zulässigkeit als Schiedsrichter mit Recht entgegengesetzt werden können. Der erste Richter verbreitet sich über diesen Punkt aber, wie dies in dem gegenwärtigen Verfahren auch nicht anders möglich war, innerhalb der engen Grenzen, welche die Provocation, gemäß §§. 172., 174. der A. G. O. a. a. O. zuläßt. Es muß aber nach obiger Ausführung die Frage im ordentlichen Verfahren unter den Parteien verhandelt werden und kann deshalb in dem gegenwärtigen darüber keine Entscheidung erfolgen. Letzteres Verfahren findet vielmehr durch die Nichtigkeits-Erklärung des Schiedsspruches seinen definitiven Abschluß. Es bleibt der einen oder anderen Partei überlassen, die streitige Vorfrage im ordentlichen Proceßwege zur richterlichen Entscheidung zu bringen.

№ 20.

Beweisführung im Civilprocesse nach vorhergegangenem Strafverfahren.

Ist das Urtel des Strafrichters auch für den Beweis der Thäterschaft des wegen Schadensersatzes im Civilprocesse belangten Verklagten maaßgebend?

Allg. Ger. Ordn. Thl. I. Tit. 13. §§. 8 ff.
Straf=Gesetzbuch §. 6.

Der Krüger H. ist wegen fahrlässiger Brandstiftung zur Criminal=Untersuchung gezogen, in zweiter Instanz auch schuldig befunden und mit einer Geldstrafe von fünfzig Thalern belegt worden. Das Feuer hatte in der Schankstube des C. Verheerung angerichtet und Waarenvorräthe verzehrt, und der Beschädigte klagte nun gegen H. auf Schadensersatz. Dieser bestritt, wie er auch im Criminalprocesse gethan hatte, die ihm beigemessene Thäterschaft, und da der Kläger diese schon durch das Straferkenntniß für festgestellt erachtete, so widersprach der Verklagte dem, trat übrigens auch einen Beweis seiner Unschuld an. Es wurde dieser, sowie der vom Kläger auch noch angebotene Gegenbeweis, durch Zeugen erhoben und das Kreisgericht zu Schneidemühl erkannte darauf am 4. Juli 1854 auf Abweisung des Klägers, indem es den Beweis der Thäterschaft des Verklagten nicht für geführt erachtete. Das Appellations=Gericht zu Bromberg machte in seinem Urtel vom 13. September 1855 den Ausfall der Sache noch von einem dem Verklagten anvertrauten Reinigungseide abhängig.

Der Kläger erhob hiergegen eine Nichtigkeits=Be=

schwerde, diese ist jedoch durch das Erkenntniß des ersten Senates des Ober-Tribunals vom 7. Mai 1856 zurückgewiesen worden.

Gründe.

Der Richter zweiter Instanz hat die, unter den Parteien streitige Frage:

ob der Verklagte die in der Schankstube des Klägers am Abende des 15. August 1850 ausgebrochene Feuersbrunst fahrlässiger Weise veranlaßt hat?

zu Gunsten des Verklagten entschieden, indem er demselben einen Eid zur Ablehnung des ihm in dieser Beziehung schuldgegebenen unvorsichtigen Benehmens anvertraut. Er hat hierbei den aufgenommenen Beweis über die Thäterschaft des Verklagten seiner freien Prüfung unterworfen und ausgesprochen, daß er sich nicht gebunden achte durch die in der vorangegangenen Untersuchungs-Sache ergangene Entscheidung des Criminal-Richters, durch welche, wenigstens in zweiter Instanz, der jetzt Verklagte und damals Angeklagte, wegen fahrlässiger Brandstiftung zu fünfzig Thalern Geldbuße, event. acht Wochen Gefängniß, verurtheilt worden; der Civilrichter sei hierdurch nicht in seinem Urtheil beschränkt, weil die Grundsätze über den Beweis in Untersuchungs-Sachen sehr verschieden seien, von denen des Civil-Processes und der Letztere namentlich von dem Eide einen Gebrauch machen dürfe, welches dem Ersteren versagt sei. —

Implorant greift diesen Entscheidungsgrund als nichtig an und meint:

1) den Rechtssatz aufstellen und als verletzt bezeichnen zu dürfen:

daß durch die im Criminal-Processe geschehene Verurtheilung des Angeklagten auch für den Civil-Proceß in Be-

treff der aus dem Verbrechen gegen den Verurtheilten hergeleiteten civilrechtlichen Folgen, der objective und subjective Thatbestand dergestalt festgestellt werde, daß ein Gegenbeweis nach den Regeln des Civil-Processes unzulässig, insbesondere ein zu dessen Ergänzung dem Verurtheilten auferlegter Erfüllungseid unstatthaft sei.

Es soll dieser Grundsatz aus den Vorschriften §. 6. des Strafgesetzbuches, §. 392. der Criminal-Ordnung und §. 73. Tit. 35. der Proceß-Ordnung zu folgern, auch vom Ober-Tribunale in früheren Entscheidungen bereits anerkannt worden sein.

Der angeführte §. 6. des Strafgesetzbuches lautet jedoch nur dahin:

Das Recht des Beschädigten auf Schadensersatz ist von der Bestrafung unabhängig,

und kann nach dieser Fassung nur das Gegentheil der vom Imploranten aufgestellten Meinung ausdrücken, da er die Unabhängigkeit des Civilanspruches von der im Strafverfahren ergehenden Entscheidung ausspricht und diese doch nicht bloß einseitig so verstanden werden darf, wie es dem Angeklagten am nachtheiligsten ist. Die Unabhängigkeit des Civilanspruches von der Bestrafung des Beschädigers wird sich daher zwar darin bewähren, daß jener erhoben werden kann, bevor es zu einem Strafverfahren gekommen ist, so wie dann, wenn ein solches gar nicht stattgefunden hat; aber sie muß andrerseits auch sich zeigen, wenn eine Verfolgung der beschädigenden Handlung im Wege des Strafprocesses vorhergegangen war, möge nun im Strafverfahren ein verurtheilendes oder ein freisprechendes Erkenntniß ergangen sein. Dieselbe wäre aber nicht vorhanden, wenn es nicht gestattet wäre, im Civilprocesse die Thäterschaft des, wegen Schadensersatzes in Anspruch

genommenen, einer neuen Verhandlung zu unterwerfen, und, wie in dem einen Falle dieselbe besser, als im Strafverfahren gelungen war, festzustellen, so in einem anderen Falle die Unschuld des vom Criminal-Richter für überführt erachteten Verklagten, durch die im Civilprocesse zulässigen, weiter reichenden Beweismittel, wenigstens zur Abwendung der Entschädigungspflicht darzuthun.

Der als verletzt bezeichnete §. 392. der Criminal-Ordnung verbietet die Anwendung des Eides des Angeklagten ausdrücklich nur „in Criminalsachen," hat also für den Civilproceß keine Bedeutung, und dasselbe gilt von der Vorschrift des §. 73. Tit. 35. der Proceß-Ordnung, die für den jetzt gar nicht mehr stattfindenden fiskalischen Untersuchungsproceß ebenfalls den Reinigungseid des Angeklagten untersagt und statt desselben den Ausweg einer vorläufigen Freisprechung, oder einer außerordentlichen Strafe eröffnete.

Galten diese Grundsätze, durch welche wiederum die Unabhängigkeit der verschiedenen Rechtswege von einander anerkannt ist, zu einer Zeit, wo auch dem Strafrichter positive Beweisregeln vorgeschrieben waren, so müssen sie um so mehr heute zur Anwendung kommen, wo diese Regeln für den Strafproceß aufgehoben, für den Civilrichter aber bindend geblieben sind. Dieser darf sich von denselben nicht lossagen, und da die Proceß-Ordnung nirgends vorschreibt, daß ein Straferkenntniß ohne Weiteres für einen Civilanspruch beweisend sei, so kann ihm eine solche Beweiskraft auch nicht beigelegt werden. Daraus folgt nicht, daß dasselbe gar keine Beachtung verdiene, im Gegentheil wird auch der Civilrichter auf den ganzen Inhalt der Untersuchungs-Acten gebührende Rücksicht nehmen, und derselbe kann ihm in vielen Fällen, vielleicht in den meisten, ebenfalls genügenden Beweis liefern, wenn, nach Vorlegung der dort

erhobenen Beweismittel an die Parteien, nichts Erhebliches dawider vorgebracht wird. Nur darf nicht ein Grundsatz aufgestellt werden, wie ihn der Implorant formulirt hat.

Implorant deducirt ferner, es dürfe über denselben Gegenstand kein doppelter Proceß zugelassen werden, nach dem Grundsatze: ne bis in idem. Dieser gilt aber nur für die Strafe, das Gesetz gestattet aber einen besondern Proceß über den Entschädigungsanspruch und erklärt den letzteren für unabhängig von der Bestrafung.

Man kann wohl einen Uebelstand darin finden, daß hiernach richterliche Urtheile ergehen können, die in ihren letzten Erfolgen theilweise sich widersprechen; es muß aber dagegen zur Erwägung kommen: daß bei den nicht ganz übereinstimmenden Zwecken, und bei den verschiedenen Mitteln zum Zweck, die der Strafproceß und der Civilproceß verfolgen und resp. anwenden, es dem materiellen Rechte am meisten förderlich erscheint, wenn beide Wege von einander getrennt bleiben, und das für jeden derselben zulässige eigenthümliche Verfahren unbeschränkt und bis zur vollständigen Erschöpfung aller gesetzlichen Hülfen, zur Anwendung gebracht werden darf.

Es ist auch nicht gegründet, daß das Ober-Tribunal nach dem vom Imploranten aufgestellten Grundsatz früher bereits entschieden hätte. In der ältesten der hierfür vom Imploranten angerufenen Entscheidungen, vom 11. September 1846, ist nur ausgeführt, daß, nachdem der Strafrichter einen behaupteten Nachdruck als vorhanden nicht angenommen, und deshalb den Angeklagten, (dessen Thäterschaft sonst feststand) von dieser Anschuldigung freigesprochen, nicht davon die Rede sein könne, denselben noch im Civilforum zu einer Entschädigung zu verurtheilen und zu dem Ende die Frage: ob ein Nachdruck begangen sei? einer neuen Erör-

terung zu unterziehen, weil der objective Thatbestand eines Vergehens durch den Untersuchungsrichter festzustellen sei, und wenn dieser denselben für nicht vorhanden erachtet habe, das Fundament des Entschädigungsanspruches hinweggefallen sei. Ausdrücklich ist hierbei aber bemerkt worden, daß ein anderes hinsichts der Frage nach der Thäterschaft eintrete; daß in dieser Beziehung die aus einem Verbrechen hergeleitete Entschädigungsforderung vom Ausgange der Untersuchung nicht abhängig sei, weil das Civilverfahren Beweismittel gestatte, welche im Untersuchungsverfahren nicht anwendbar seien. Demgemäß ist damals das Präjudiz 1784 angenommen worden,*) wonach der Civilrichter nicht für befugt erachtet ist, die vom Strafrichter bereits entschiedene Frage nach dem objectiven Thatbestande eines Vergehens vor sein Forum zu ziehen. — Unter Verweisung auf diesen Grundsatz ist derselbe in einer späteren Entscheidung vom 5. April 1854 aufrecht erhalten und dort gesagt worden: daß die im Criminalverfahren nach den gesetzlichen Vorschriften erfolgte Feststellung des objectiven Thatbestandes eines Vergehens, dem Angeklagten auch in Beziehung auf die daraus herzuleitenden civilrechtlichen Folgen entgegensteht und wenn hieran die Bemerkung angeschlossen ist:

> daß nur in Beziehung auf die Thäterschaft vielleicht im Civilverfahren gegen die Feststellung des Criminalrichters ein nach den Regeln des Civilprocesses vollständiger Gegenbeweis werde geführt werden können,

so ist dadurch diese letztere Frage nur bei Seite gerückt, die Unabhängigkeit des Urtheils des Civilrichters aber ist gerade durch die damalige Entscheidung sehr bestimmt gewahrt worden, indem der Verklagte, obgleich er wegen unvorsichti-

*) Entscheidungen rc. Bd. 13. S. 134.

gen Ankaufs gestohlenen Gutes mit einer Geldstrafe belegt worden war, dennoch von der darauf gestützten Entschädigungsforderung des Bestohlenen befreit worden ist, weil die gestohlenen Sachen in Staatspapieren, die auf jeden Inhaber lauteten und nicht außer Cours gesetzt waren, bestanden und auf den Verkehr mit solchen Papieren die civilrechtlichen Folgen, welche der unvorsichtige Ankauf von Sachen nach sich ziehet, nicht für anwendbar erachtet worden.

In der dritten angezogenen Entscheidung vom 11. November 1853, ist zwar von der Feststellung des Thatbestandes schlechthin und davon die Rede, daß, wenn dieselbe durch den Criminal-Richter geschehen, es nicht noch eines besonderen Beweises desselben im Civilverfahren bedürfe, es ist aber hierbei sogleich die Einschränkung gemacht:

„vorausgesetzt, daß der Beschädigte die beschädigende Handlung soweit darzuthun vermag, als zur Hervorbringung der juristischen Wahrheit im Civil-Processe nöthig ist,

sowie der fernere „Vorbehalt eines Gegenbeweises, den der Verklagte führen möchte."

Es ist also stets unterschieden worden, zwischen der Feststellung des objectiven Thatbestandes eines Verbrebrechens, die dem Criminal-Richter zuständig erachtet ist und der Feststellung der Thäterschaft, bei welcher die Freiheit des Urtheils des Civilrichters eben so, wie in Bezug auf die Frage der Vertretbarkeit der That behauptet worden ist.

Die Gründe dieser Unterscheidung hier wieder einer Prüfung zu unterwerfen, dazu bietet die Nichtigkeits-Beschwerde keine Veranlassung und das angefochtene Erkenntniß hat auch nur den Beweis der Thäterschaft als durch den im Civil-Processe erhobenen Beweis zu Gunsten des Verklagten geführt angesehen.

Hierdurch widerlegt sich daher diese Beschwerde.
Die weiteren Beschwerden kommen hier nicht in Betracht.

№ 21.

Nullität eines, wider einen großjährigen, noch unter väterlicher Gewalt stehenden Sohn, ohne Zuziehung des Vaters ergangenen Erkenntnisses.

Allg. Ger. Ordn. Thl. I. Tit. 16. §. 2.

Der Restaurateur H. nahm den großjährigen H. B., der in den Jahren 1850 und 1851 als Landwehrmann in W. gestanden hatte, im Mai 1851 wegen 84 Thlr. 19 Sgr. 6 Pf. für Wohnung, Kost und Getränke, die er demselben im December 1850, so wie im Januar 1851 gewährt, in rechtlichen Anspruch, und der damalige Verklagte wurde denn auch, nachdem der von ihm bestellte Mandatar die erhobene Forderung anerkannt hatte, durch das Erkenntniß der Kreisgerichts-Deputation zu Hattingen vom 18. Juli 1851 zur Zahlung verurtheilt, späterhin aber wurde wider denselben, dem Antrnge des H. gemäß, wegen der gedachten Summe auch noch am 21. März 1854 ein Mandat, auf Grund dessen die Execution wider ihn verfügt worden ist, erlassen.

Jenes Erkenntniß, sowie dies Mandat, focht demnächst der in dem gedachten Processe nicht zugezogene Vater des H. B., weil letzterer noch unter seiner Gewalt stehe, mit der Nullitäts-Klage an und es wurde auch von der Kreisgerichts-Deputation zu Hattingen am 4. April 1855 seinem Antrage gemäß erkannt, während der Civil-Senat des Ap-

pellations-Gerichts zu Hamm die erhobene Klage mittelst Erkenntnisses vom 13. November 1855 zurückwies.

Hiergegen legte der Nullitäts-Kläger die Nichtigkeits-Beschwerde ein und die gedachte Entscheidung ist am 24. Juni 1856 von dem vierten Senate des Ober-Tribunals vernichtet worden.

Gründe.

Der Implorant erklärt in seiner eingereichten Nichtigkeits-Beschwerde den §. 2. Nr. 4. Tit. 16. Thl. I. der Allgem. Ger. Ordn., dessen Bestimmungen als rechtsgrundsätzliche betrachtet werden müssen, weil sie die Ungültigkeit der Entscheidungen, wider die daselbst benannten Personen aussprechen, für verletzt, und diese Rüge ist auch für begründet zu erachten.

Der §. 2. Nr. 4. Tit. 16. Thl. I. der Allgem. Ger. Ordn. rechnet zu den Fällen, wo ein Urtel dergestalt nichtig ist, daß es zu keiner Zeit die Rechtskraft erlangen kann, zunächst den Fall, wenn Jemand, der nach Vorschrift der Gesetze ohne Vormund oder Curator vor Gerichten zu handeln nicht fähig ist, ohne den Beistand eines solchen gehörig bestellten Vormundes oder Curators, bei einem Processe als Kläger oder Verklagter zugelassen worden und es sind demnächst hieran folgende Bestimmungen geknüpft:

Eben das findet statt, wenn die obervormundschaftliche Genehmigung in Fällen, bei welchen dieselbe nach Vorschrift der Gesetze zur Gültigkeit der Verhandlung erforderlich ist, nicht bei- oder nachgebracht worden.

Eine gleiche Nullität tritt alsdann ein, wenn in den Tit. 1. der gegenwärtigen Proceß-Ordnung bestimmten Fällen, Jemand der zu seinen gerichtlichen Verhandlungen eines Beistandes nothwendig bedarf, ohne dergleichen Beistand zu solchen Verhandlungen zugelassen worden.

Das Urtel wird aber gültig, wenn der gewesene Pflegebefohlene, oder der eines Beistandes bedurft hätte, die damaligen Verhandlungen zu einer Zeit, wo er den Rechten gemäß über seine Person und Vermögen frei und ohne irgend Jemandes Zuziehung disponiren kann, ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt.

Der Appellations-Richter ist der Ansicht, daß keiner der oben bezeichneten Fälle hier für vorliegend zu erachten sei. Denn der Sohn des Klägers habe, da er im Jahre 1851 das Alter der Großjährigkeit längst erreicht hatte, keines Vormundes oder Curators bedurft. Volljährigen, wenn gleich noch unter väterlicher Gewalt befindlichen Personen, stehe das Recht, selbstständig vor Gericht aufzutreten, nach §§. 13., 14. Tit. 1. Thl. I. der A. G. O. unter Umständen allerdings zu, und der erste Absatz des §. 2. Nr. 4. Tit. 16. Thl. I. a. a. O. leide daher auf sie in sofern nicht Anwendung, als dabei die Unfähigkeit des vor Gericht Erscheinenden, allein zu handeln, vorausgesetzt sei. Dies finde auch seine Bestätigung in dem folgenden Satze, welcher die Nullität an die fehlende obervormundschaftliche Genehmigung in den Fällen knüpfe, wo solche durch die Gesetze vorgeschrieben sei. Denn hiernach habe nur der Mangel jener Genehmigung die Nullität zur Folge und zu einer analogen Ausdehnung dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall biete der Ausdruck des Gesetzes keine Veranlassung dar. Der dritte Absatz des §. 2. Nr. 4. Tit. 16. beziehe sich aber auf §. 3. Tit. 1. Er gelte mithin von den Fällen, wo gerichtliche Verhandlungen mit solchen Personen, denen eine absolute Handlungsunfähigkeit beiwohne, und die daher unter allen Umständen eines Vertreters bedurften, vorgenommen worden und er lasse sich sonach noch weniger wie der erste Absatz hier für anwendbar erachten.

Diese Auffassung erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Nachdem in den §§. 1., 2. Tit. 1. Thl. I. der A. G. O. bestimmt worden, daß jeder, welcher den Gesetzen nach, sich und seinem eigenen Vermögen vorzustehen fähig ist, seine Rechte durch Anstellung einer gerichtlichen Klage verfolgen, so wie, daß jeder Unterthan und Einwohner des Staats gerichtlich belangt werden kann, ist in den §§. 3. bis 29. von den Personen die Rede, welche entweder gar nicht, oder nur unter gewissen Voraussetzungen als Kläger oder Verklagte zugelassen werden dürfen, und es folgen sodann noch einige, hier außer Betracht bleibende Vorschriften, welche sich auf das Verhältniß der verschiedenen Interessenten bei getheiltem Eigenthume, so wie resp. der Nießbraucher und Erbpächter zu dem Eigenthümer, desgleichen auf mehrere Mitberechtigte oder Mitverpflichtete und auf Corporationen oder Gesellschaften, die als moralische Personen zu betrachten sind, beziehen und die zum Theil überhaupt nur die Legitimationsfrage betreffen.

Im §. 3. ist von den Wahn- und Blödsinnigen, Kindern und Unmündigen, und in den §§. 4. bis 7. von den Minderjährigen und Verschwendern die Rede.

Der §. 8. gedenkt der Verschollenen. Die §§. 9. bis 12. enthalten mehrere Bestimmungen, welche auf die sub §§. 3., 4. und 8. erwähnten Personen Bezug haben und der §. 13. verordnet sodann, daß Volljährige, noch unter väterlicher Gewalt stehende Personen, in Ansehung ihres nicht freien Vermögens nur unter Beitritt ihres Vaters vor Gericht erscheinen dürfen, während der §. 14. besagt, daß der Vater bei Processen über dies nicht freie Vermögen seine großjährigen Kinder nur alsdann zuzuziehen braucht, wenn es sich um unbewegliche Sachen, oder deren Pertinenzien, oder auch um Gerechtigkeiten handelt.

Der §. 15. verordnet, daß selbst die noch unter väterlicher Gewalt stehenden großjährigen Kinder in Ansehung des freien Vermögens jedem andern nicht unter väterlicher Gewalt stehenden Menschen auch bei gerichtlichen Verhandlungen überall gleich zu achten sind, und es wird demnächst im §. 16. zu den Ehefrauen, sowie resp. zu den unverheiratheten Frauenzimmern übergegangen.

Der §. 2. Nr. 14. Tit. 16. Thl. I. der A. G. O. umfaßt ohne Zweifel überhaupt alle Fälle, in denen die eine oder die andere Partei einer vollständigen Vertretung oder eines Beistandes bedurfte. Dies ergiebt sich schon aus den drei ersten Absätzen, und es wird noch mehr durch den vierten Absatz bestätigt, wonach das sonst nichtige Urtel, welches wider eine dergleichen nicht vertretene, oder ohne den erforderlichen Beistand erschienene Partei ergangen ist, gültig wird, wenn sie die zu Grunde liegenden Verhandlungen zu einer Zeit, wo sie über ihr Vermögen oder über ihre Person, ohne irgend Jemandes Zuziehung frei disponiren kann, genehmigt. Der erste und zweite Absatz beziehen sich auf die in den §§. 3., 4., 8. erwähnten Wahn- und Blödsinnigen, Taubstummen, Kinder, Unmündige, Minderjährige, Verschwender und Verschollene, in sofern sie unter natürlicher Vormundschaft stehen, oder eines ihnen zugeordneten Vormundes oder Curators bedürfen. Der dritte Absatz aber betrifft alle übrigen Fälle, in denen mit dem einen oder dem anderen Theile allein ohne Zuziehung oder Beistand eines Dritten nicht gültig verhandelt werden kann, und er begreift mithin auch den Fall in sich, wo großjährige noch unter väterlicher Gewalt befindliche Kinder, ohne Beitritt des Vaters nicht vor Gericht erscheinen dürfen, keinesweges aber läßt er sich, wie der vorige Richter annimmt, lediglich auf diejenigen Personen anwen-

den, denen eine absolute Handlungsunfähigkeit nach allen Richtungen hin beiwohnt. Auch enthält es einen Rechtsirrthum, wenn in dem vorigen Erkenntnisse angenommen wird, daß der §. 2. Nr. 4. Tit. 16. Thl. I. der A. G. O. auf volljährige, wenn schon noch unter väterlicher Gewalt stehende Kinder, überhaupt gar nicht bezogen werden könne, weil dieselben unter Umständen selbstständig vor Gericht auftreten dürfen, vielmehr erscheint, wenn ein Urtel, das gegen ein dergleichen Kind ohne Zuziehung des Vaters bei dem betreffenden Processe ergangen ist, als null angefochten wird, die Entscheidung hierüber von der Beantwortung der Vorfrage abhängig, ob in dem gegebenen Falle die Zuziehung des Vaters wirklich erforderlich war, oder ob es auf dieselbe nicht ankam, und es kann nur in dem letzteren Falle die erhobene Nullitäts-Klage für verwerflich erachtet werden.

In der Hauptsache ist übrigens über die Nullität des Erkenntnisses vom 18. Juli 1851, resp. des Mandats vom 21. März 1854 noch nicht definitiv erkannt, sondern es ist vielmehr noch eine nähere Ausmittelung angeordnet worden.

№ 22.

Nicht-Zulässigkeit von Wechselklagen gegen den Gemeinschuldner während der Dauer des Concurses.

Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 §§. 1. 8. 9. 280.
Anhang zur A. G. O. §. 319.
Deutsche Wechsel-Ordnung Art. 80.

Der Gutsbesitzer B. ist Aussteller zweier von dem Acceptanten unbezahlt gebliebener Wechsel über 200 Thlr. und

400 Thlr., fällig beziehungsweise am 15. Januar und 15. Februar 1856. Am 15. Februar 1856 ist über das Vermögen des B. Concurs eröffnet. Der Inhaber jener Wechsel, Maschinenbauer W., hat, in der Besorgniß den Anspruch gegen den Gemeinschuldner durch die dreimonatliche Wechselverjährung verlieren zu können, die Wechselklage gegen denselben angestellt und das eventuelle, in zweiter Instanz als das alleinige festgehaltene Petitum dahin formulirt:

den Verklagten zu verurtheilen, nach Beendigung oder Aufhebung des Concurses die angegebenen Beträge zu zahlen, falls sie nicht im Concurse realisirt werden.

Das Kreisgericht zu Sagan und das Appellations-Gericht zu Glogau haben jedoch (resp. am 21. April und 29. Mai 1856) eine solche Klage gegen den Gemeinschuldner, so lange der Concurs dauert, für unzulässig erachtet und dieselbe zur Zeit abgewiesen. Die dagegen eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde wurde am 5. Juli 1856 vom vierten Senate des Ober-Tribunals zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Der allein noch streitige eventuelle Klageantrag geht auf die Verurtheilung des Verklagten, nach beendigtem oder aufgehobenem Concurse die an sich richtige Wechselforderung zu zahlen, falls sie nicht im Concurse realisirt werde. Die Unzulässigkeit einer solchen Klage folgert der Appellations-Richter mit Recht aus den §§. 8. und 280. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855. Nach §. 1. der Concurs-Ordnung erstreckt sich der Concurs auf das gesammte der Execution unterliegende Vermögen, welches der Gemeinschuldner „zur Zeit der Eröffnung des Concurses besitzt, oder während der Dauer des Concurses erlangt." Verordnet nun der §. 8:

Nach der Concurs-Eröffnung kann ein Verfahren zur

Geltendmachung von Ansprüchen, welche sich auf das zur Concursmasse gehörige Vermögen beziehen, nicht mehr gegen den Gemeinschuldner gerichtet oder fortgesetzt werden, so umfaßt diese Bestimmung die aus dem gesammten Vermögen des Gemeinschuldners zu realisirenden Ansprüche, und schließt die Zulässigkeit der Klagen gegen den Gemeinschuldner wegen derselben während der Dauer des Concurses aus. Der Concurs absorbirt alle solche Klagen, indem er die executivische Geltendmachung des durch dieselben zu erstreitenden Betrags schon im Voraus für alle Gläubiger durch die Beschlagnahme des Vermögens ins Leben treten läßt, und indem er zur Feststellung der noch nicht judicatmäßigen Ansprüche in dem geordneten Wege die Gelegenheit bietet. Erst nach Beendigung des Concurses sind nach §. 280. die nicht vollständig befriedigten Concurs-Gläubiger und die neuen Gläubiger befugt, sich an das später erworbene Vermögen des Gemeinschuldners, welches seiner Verwaltung und Verfügung anheimfällt, im gewöhnlichen Verfahren zu halten.

Zu den im §. 8. gedachten Forderungen gehören alle Geldforderungen, also auch Wechselforderungen. Daß sie vorzugsweise durch Personal-Arrest beigetrieben werden können, nimmt ihnen diesen Charakter nicht, und zwar um so weniger, als der §. 9. allgemein anordnet:

Executionen gegen den Gemeinschuldner, welche auf Vollstreckung des Personal-Arrestes gerichtet sind, können nach der Concurs-Eröffnung Behufs der Befriedigung einzelner Gläubiger weder fortgesetzt, noch eingeleitet werden.

Diese Vorschrift wird nach den Motiven eben aus dem allgemeinen Princip des §. 1. hergeleitet, und es ist dabei noch besonders geltend gemacht, daß der Personal-Arrest in solchen Fällen nur als ein indirectes Zwangsmittel gegen

die Angehörigen des Gemeinschuldners zu betrachten, als solches aber verwerflich sein würde.

Vergl. Motive des Regierungs-Entwurfs zu §§. 8. und 9. S. 23 ff.

Motive der Commission der II. Kammer zu §. 9. S. 15. Die Ausnahme, welche der §. 319. des Anh. zur A. G. O. rücksichtlich der Wechsel-Processe gemacht hatte, dahin: daß solche auch nach der Concurs-Eröffnung fortgesetzt und neu eingeleitet werden können, ist also ausdrücklich nicht gemacht worden. Die Motive des Regierungs-Entwurfs zum §. 9. (Seite 25.) ergeben, daß dies absichtlich nicht geschehen ist, indem in denselben gesagt wird, daß die Wechsel im Concurse vermöge der Bestimmung des §. 9. ihre eigenthümliche Wirkung verlieren. Jene Ausnahme hatte übrigens, wie die Materialien des Anhangs zur Allg. Ger. Ord. (von Löwenberg) zu den betreffenden Paragraphen (S. 525.) ergeben, ihren Grund lediglich in einer Consequenz, welche die Redactoren des gedachten Anhangs aus dem §. 115. des Anh. zum A. L. R. (zu §. 908. Thl. II. Tit. 8.) zogen. Nach dieser Bestimmung, die aus dem Rescripte vom 15. December 1800. (Amelang Archiv Bd. 2. S. 13.) entnommen ist, erhält zwar die Liquidation der Wechselforderung im Concurse vor Ablauf der Verjährungsfrist dem Liquidanten die Rechte der sechsten Classe, giebt aber nicht die Befugniß, den Wechselgläubiger für seine Person wechselmäßig zu belangen. Mit Einführung der Allg. Wechsel-Ordnung ist dieser §. 115. aufgehoben, und kann also das Motiv, aus welchem der §. 319. des Anhangs hervorgegangen ist, auch nicht etwa als ein, trotz der Aufhebung des §. 319., welche vermöge der Concurs-Eröffnung geschah, gesetzlich fortbestehendes betrachtet werden. Der Richter nimmt auch mit Recht an, daß die Klage des

§. 280. nicht im Voraus angestellt werden kann, ehe die Bedingungen, unter welchen sie zulässig ist, wozu eben die Beendigung des Concurses und der Eintritt des Ausfalles gehört, eingetreten sind.

Bei der Deutlichkeit, mit welcher der §. 8. während der Dauer des Concurses jedes Verfahrens zur Geltendmachung von Ansprüchen der gedachten Art, gegen den Cridar, verbietet, würde ein etwaiger Nachtheil, welcher einen Wechsel-Gläubiger in Betreff seiner aus §. 280. Concurs-Ordnung später anzustellenden Klage rücksichtlich der Verjährung treffen könnte, keinen rechtlichen Grund abgeben, um deshalb die Anwendung jenes Gesetzes auf diese Art von Forderungen auszuschließen. Diese Besorgniß eines Nachtheils hat aber auch kein Fundament in dem Art. 80. der Wechsel-Ordnung. Denn wenn dort der Anspruch an die Insinuation der Klage an den Schuldner innerhalb der gesetzlichen Frist geknüpft wird, so leidet diese, ähnlich, wenn auch nicht gerade bezüglich auf die Insinuation der Klage, bei allen Verjährungen geltende Regel eben durch die Unzulässigkeit einer Klage im Concurse eine nothwendige Modification. Gegen die Concurs-Masse kann der zeitig liquidirte Anspruch ohne alles Bedenken geltend gemacht werden. Da nun aber der §. 280. den ausgefallenen Gläubigern ausdrücklich das Recht giebt, sich, obwohl sie den Gemeinschuldner während des Concurses nicht verklagen können, dennoch wegen der Ausfälle an ihn zu halten, so hat das Gesetz dadurch diese Ausfälle als eine gegen den Cridar gültige und verfolgbare Forderung ohne allen Unterschied anerkannt. Daraus folgt, daß der Gemeinschuldner nicht berechtigt sein kann, die unterlassene Verfolgung des Rechts während des Concurses, gegen ihn selbst, als Fundament einer Einrede der Verjährung, jedenfalls dann

nicht entgegenzusetzen, wenn eine zeitige Liquidation der Forderungen in dem Concurse erfolgt ist.

Das vom Imploranten in Bezug genommene Präjudiz Nr. 1845. vom 15. März 1847, nach welchem eine Classification im Concurse den Lauf der Verjährnng gegen den Gemeinschuldner nicht unterbricht (Entsch. Bd. 14. S. 218.) ist hier ohne Einfluß, da das Präjudiz nur auf die ältere Concurs-Ordnung sich bezieht und auf deren Vorschriften gestützt ist, auf die völlig abweichende Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 also jedenfalls keine Anwendung finden würde.

Hierdurch werden die behaupteten Gesetz- und Rechtsgrundsatz-Verletzungen widerlegt. Die Deductionen des Imploranten, daß es dem zweiten Urtel an der Begründung fehle, kann als ein für diesen Fall geeigneter Angriff nicht betrachtet werden.

№ 23.

Verjährung der Zoll- und Steuervergehen.

In Zoll- und Steuersachen wird die Verjährung nicht schon durch das administrative Strafverfahren unterbrochen. Präj. des Senates für Strafsachen Nr. 201.

Str. G. B. §. 48.

Die erste Abtheilung des Senats für Strafsachen hat in der Untersuchung wider B. in dem Erkenntnisse vom 13. Juni 1855 den Grundsatz: daß in Steuersachen die Verjährung schon durch die Einleitung des administrativen Strafverfahrens — Art. 136. des Gesetzes vom 3. Mai

1852 — unterbrochen werde, ausgesprochen und in das Präjudicien-Buch unter Nr. 159. eintragen lassen, bei der Berathung der in der Untersuchung wider den Kaufmann R. gegen das Erkenntniß des Kammergerichts vom 12. October 1855, welches die entgegengesetzte Ansicht ausführt, von dem Ober-Staatsanwalt eingelegten Nichtigkeits-Beschwerde aber den gedachten Grundsatz verlassen zu müssen geglaubt und deshalb diese Sache zur Berathung und Entscheidung an das Plenum des Senates verwiesen. Dieses hat in seiner Sitzung vom 31. März 1856,

in Erwägung, daß nach der Behauptung der Staats-Anwaltschaft das Königliche Haupt-Steueramt für ausländische Gegenstände zu Berlin am 23. August 1853 die Bücher des Angeklagten in Beschlag genommen hat,

daß von der Staats-Anwaltschaft dagegen am 3. April 1854 der erste Antrag auf Einleitung einer Voruntersuchung bei dem Untersuchungsrichter gestellt ist,

daß die Vorderrichter wegen der im Jahre 1848 von dem Angeklagten verübten Zolldefraudationen denselben nicht bestraft haben, weil die fünfjährige Verjährungsfrist — §. 62. des Zollstrafgesetzes vom 23. Januar 1838 — Art. 5. des Gesetzes vom 22. Mai 1852 — zur Zeit jenes Antrages der Staats-Anwaltschaft am 3. April 1854 bereits abgelaufen und früher, der Vorschrift im §. 48. des Strafgesetzbuchs entsprechend, nicht unterbrochen war,

daß die Beschwerde die Verletzung des §. 48. a. a. O. behauptet, weil nach den §§. 33. bis 35. des Zollstrafgesetzes und nach Art. 136 ff. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 das Königliche Haupt-Steueramt für ausländische Gegenstände zu Berlin zur Untersuchung und Entscheidung dieser Sache competent gewesen wäre und daher

schon durch die Beschlagnahme der Bücher des Angeklagten die Verjährung unterbrochen sei,

daß demnach die Frage zu entscheiden ist, ob in Zolldefraudationssachen die mit dem Tage der begangenen Zolldefraudation beginnende Verjährung schon durch die Einleitung des administrativen Verfahrens Seitens der Zollbehörde unterbrochen wird;

in Erwägung, daß weder das Zollstrafgesetz, noch das Gesetz vom 22. Mai 1852 Bestimmungen darüber enthalten, durch welchen Act der Zollbehörden die Verjährung bei Zollvergehen unterbrochen wird,

daß daher in dieser Beziehung die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze zur Anwendung kommen, weil die fehlenden Bestimmungen in den Specialgesetzen aus dem gemeinen Rechte zu ergänzen sind. — vergl. Art. II. u. III. des Einführungsgesetzes vom 14. April 1851, —

daß im §. 47. des Str. G. B. die Unterbrechung der Verjährung durch eine gerichtliche Untersuchung vorausgesetzt wird, im §. 48. ibid. aber bestimmt ist:

Jeder Antrag und jede sonstige Handlung der Staats-Anwaltschaft, so wie jeder Beschluß und jede sonstige Handlung des Richters, welche die Eröffnung, Fortsetzung, oder die Beendigung der Untersuchung, oder die Verhaftung des Angeschuldigten betrifft, unterbricht die Verjährung,

daß, wie früher im §. 597. der Criminal-Ordnung unter dem Richter nur der mit der Strafrechtspflege betrauete Strafrichter, vor den durch den Art XIII. des Einführungsgesetzes die Verhandlung und Entscheidung der Strafsachen nach vorgängiger, in der Verordnung vom 3. Januar 1849 und im Gesetz vom 3. Mai 1852 vorgeschriebenen gerichtlichen Strafprocedur verwiesen sind,

zu verstehen ist, dessen Handlungen mithin der Ausfluß richterlicher Functionen sind,

daß durch den Ausdruck „Richter" aber nicht jede nicht richterliche Behörde, welcher die Befugniß, Strafen festzusetzen, beigelegt worden ist, hat bezeichnet werden sollen und darunter insbesondere die Administrativ- resp. Zollbehörden nicht verstanden werden können, weil, wenn den Letzteren auch im §. 33 ff. des Zollstrafgesetzes, unter der Modification des Art. 136. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 die Befugniß beigelegt worden ist, Zolldefraudationen zu untersuchen und zu entscheiden, dieses administrative Verfahren doch nicht als eine Strafprocedur erscheint, indem es von dem Angeschuldigten abhängt, ob er sich dem Verfahren und der erlassenen Resolution unterwerfen, von der Behörde aber, ob sie von jener Befugniß Gebrauch machen will,

daß demnach das administrative Verfahren nur den Zweck hat, durch Transigiren über die Strafe den Defraudationsfall zu erledigen, dasselbe daher kein Ausfluß der Strafgerichtsbarkeit ist, weil diese voraussetzt, daß derjenige, gegen welchen dieselbe geübt wird, sich ihr zu unterwerfen verpflichtet ist, — cfr. auch Weiske, Rechtslexicon Bd. 4. S. 570., —

daß für die Auslegung des §. 48. Str. G. B. seinem Wortsinne nach, auch die Materialien zum Strafgesetzbuche sprechen, weil bei dessen Revision im Jahre 1843 in Erwägung des Umstandes, daß auch andere Behörden als die Gerichte zur Einleitung von Untersuchungen befugt seien, im Entwurfe des Strafgesetzbuchs von 1843 der Ausdruck „amtliche Untersuchung" gewählt worden ist, ein Ausdruck, welcher die Untersuchungen so-

wohl der administrativen, als der richterlichen Behörden umfassen sollte,

daß bei der Revision im Jahre 1845 jener Ausdruck „amtliche Untersuchung" wiederum in den Ausdruck „gerichtliche Untersuchung" umgeändert worden ist, um die Verwaltungsbehörden aus der Zahl derjenigen Behörden ausscheiden zu lassen, deren Einschreiten mit der Wirkung der Unterbrechung der Verjährung früher gestattet war,

daß vielmehr die Ausdrücke „gerichtliche Handlung, Richter" in den folgenden Entwürfen und im Strafgesetzbuche gewählt sind, um auszusprechen, daß es bei der Unterbrechung der Verjährung auf einen bestimmten gerichtlichen Act, auf Handlungen des Richters allein ankomme und um dadurch Handlungen und Untersuchungen der Administrativ-Behörden auszuschließen — vergl. Goltdammer, Materialien zum Strafgesetzbuche Thl. I. S. 383. 439.; —

daß zwar nach §. 9. des Gesetzes vom 14. Mai 1852 über die vorläufige Straffestsetzung wegen Uebertretungen durch den Erlaß der polizeilichen Strafverfügung die Verjährung unterbrochen wird, diese Bestimmung jedoch nur bei der durch den §. 339. Str. G. B. angeordneten dreimonatlichen Verjährungsfrist zur Anwendung kommt und überdies im §. 11. jenes Gesetzes vorgeschrieben ist, daß, insoweit wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle, insbesondere der Steuern, Zölle, Postgefälle und Communications-Abgaben ein administratives Strafverfahren vorgeschrieben ist, die Bestimmungen dieses Gesetzes auf dergleichen Zuwiderhandlungen keine Anwendung finden;

daß ferner zwar das Gesetz über das Postwesen vom

5. Juni 1852 im §. 43. bestimmt, daß die Vorladung des Beschuldigten zu seiner Verantwortung im Verwaltungswege die Verjährung unterbreche;

daß indessen beide Bestimmungen nur als Ausnahmen von der Regel des §. 48. Str. G. B. hervortreten und dieselbe bestätigen;

in endlicher Erwägung, daß der Lauf der Verjährung mit dem Tage des begangenen Zollvergehens zu laufen beginnt — §. 62. Zollstrafgesetz, §. 46. Str. G. B. — und durch den Ablauf der bestimmten Frist vollendet wird;

daß es daher darauf nicht ankommen kann, daß die Staats-Anwaltschaft erst alsdann einzuschreiten befugt ist, wenn die Zollbehörden nach dem ersten Angriff sich erklärt haben, daß dieselben die Untersuchung nicht übernehmen wollen oder der Angeschuldigte auf rechtliches Gehör provocirt hat;

daß auch bei der fünfjährigen Verjährungsfrist das Interesse des Fiskus nicht gefährdet wird, weil die Zollbehörde zu jeder Zeit befugt ist, den Richter anzutreten und es daher in ihrer Hand hat, vor dem Ablauf der Verjährungsfrist, falls die Defraudation früher zu ihrer Kenntniß gelangt, durch Anträge bei der Staats-Anwaltschaft oder bei dem Gerichte dahin zu wirken, daß die Verjährung rechtzeitig unterbrochen werde;

daß aus den vorstehenden Gründen die Beschwerde über die Verletzung des §. 48. Str. G. B. unbegründet ist, weil in Zollsachen die Verjährung nicht schon durch die Einleitung des administrativen Strafverfahrens unterbrochen wird;

die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen.

№ 24.
Ehrverletzung mehrerer Personen.

Eine durch dieselbe Aeußerung gegen Mehrere verübte Ehrverletzung kann von Jedem der Beleidigten durch eine besondere Klage verfolgt werden. Die zu erkennenden Strafen dürfen aber zusammen das Maaß der gesetzlichen Strafe für Eine Ehrverletzung nicht überschreiten. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 202.

Str. G. B. §§. 152 ff. 343.
Einführungsgesetz Art. XVI.

Wegen einer Aeußerung des Altvogts D., in welcher eine Verleumdung des Pfarrers H. und der Wittwe B. enthalten sein soll, hat jeder dieser Beiden eine besondere Injurienklage gegen den D. erhoben. Der Commissarius des Kreisgerichts zu Hechingen für Injurien-Sachen hat mittelst zweier Erkenntnisse vom 12. Juli 1855 den D. wegen Verleumdung des Pfarrers H. zu drei Wochen, und wegen Beleidigung der Wittwe B. zu vierzehn Tagen Gefängniß verurtheilt, und auf dessen Appellation die Abtheilung desselben Kreisgerichts für Strafsachen zweiter Instanz am 11. October 1855 die erstere Entscheidung lediglich bestätigt, die andere dahin abgeändert, daß sie den D. statt zu 14 Tagen nur zu Einer Woche Gefängniß veurtheilt hat. D. hat Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt und dieselbe in der ersteren Sache unter Andern auf Verletzung des §§. 55. des Str. G. B. gegründet. Obgleich sowohl dem Pfarrer H. als der Wittwe B. die Anstellung

besonderer Civilklagen offen gestanden, so folge doch hieraus noch nicht, daß deshalb zweimal auf Strafe habe erkannt werden müssen. Denn die Handlung wodurch das Strafgesetz übertreten worden, sei nur eine einzige gewesen.

Das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen Abth. II. hat in der Sitzung vom 10. April 1856

in Erwägung, daß die in dem an den Oberamtsverweser von F. gerichteten Schreiben des Imploranten vom 21. November 1854 enthaltene Aeußerung:

Der Pfarramtsverweser H. halte sich stets in der Mühle zu R. auf und führe mit der dortigen Tochter (der Wittwe B.) einen der Art vertraulichen Umgang, daß es zum Aergerniß sei, und davon viel gesprochen werde,

durch welche nach der Feststellung des ersten Richters der Implorant unwahre Thatsachen wider besseres Wissen verbreitet hat, eine Verleumdung sowohl des Pfarrers H. als der Wittwe B. enthält;

in Erwägung, daß diese durch eine und dieselbe Aeußerung verübte Verleumdung zweier Personen allerdings nur eine strafbare Handlung, Ein Vergehen ist, durch welche daher die im Str. G. B. §. 156. Abs. 1. auf eine einfache Verleumdung verordnete Strafe — Gefängniß von einer Woche bis zu einem Jahre — nur einmal verwirkt ist, wie denn ein gleicher Grundsatz allgemein für jede durch eine und dieselbe Handlung verübte Ehrverletzung mehrerer Personen anerkannt werden muß, weil im Strafgesetz-Buche auch die Strafe der Ehrverletzung rein den Charakter einer poena publica hat, eine Handlung dadurch, daß sie gleichzeitig sich objectiv auf mehrere Personen bezieht, nicht aufhört, eine Handlung zu sein, und sogar für den Fall, daß eine und dieselbe Handlung die

Merkmale mehrerer Verbrechen oder Vergehen in sich vereinigt, im §§. 55. des Str. G. B. verordnet ist, daß nur eine Strafe stattfinde, nämlich dasjenige Strafgesetz zur Anwendung komme, welches die schwerste Strafe androht;

in Erwägung, daß dieser materielle Rechtsgrundsatz:

daß durch eine in einer und derselben Handlung enthaltene Ehrverletzung mehrerer Personen die Strafe des übertretenen Strafgesetzes nur einmal verwirkt ist,

alsdann sehr einfach zur Geltung kommt, wenn entweder auf den Antrag der Beleidigten der Staats-Anwalt eine Anklage erhebt, oder alle Beleidigten gemeinschaftlich Eine Privatanklage anstellen — Str. G. B. §§. 160. 343., Einführungsgesetz vom 14. April 1851 Art. XVI — indem alsdann der Richter eine Strafe verhängt, bei Abmessung des Strafmaaßes innerhalb der von dem übertretenen Strafgesetze gezogenen Grenze aber darauf, daß die Ehrverletzung mehrere Personen betroffen hat, die geeignete Rücksicht nehmen mag; daß aber derselbe materielle Rechtsgrundsatz auch dann festgehalten werden muß, wenn, was processualisch zulässig ist, der jedem einzelnen Beleidigten selbstständig zustehende Antrag auf Bestrafung von den verschiedenen Beleidigten getrennt in mehreren gleichzeitig oder nach einander erhobenen Privatklagen der Beleidigten geltend gemacht wird: daß in solchen Fällen der Richter, sofern es nicht zulässig und angemessen erscheint, mehrere gleichzeitig vor ihm schwebende Processe in Einen zu verbinden, bei der Entscheidung des ersten Processes dasjenige Strafmaaß, welches er mit Rücksicht auf die in diesem Processe ihm vorliegenden Anträge auf Bestrafung für angemessen hält, verhängen, bei jeder späteren Entscheidung eines anderen Processes aber

den in den bereits entschiedenen Processen verhängten Strafen dasjenige Maaß, um welches er die Handlung darum, weil sie nicht bloß eine Beleidigung derjenigen Personen, deren Strafanträge in den früheren Entscheidungen vorlagen, sondern auch noch derjenigen Personen, deren Strafanträge ihm nun noch vorliegen, enthält, für strafbarer erachtet, hinzusetzen mag, daß aber durch sämmtliche von ihm zu verhängenden Strafen die in dem durch die eine Handlung übertretenen Strafgesetze angedrohte Strafe, die nur einmal verwirkt ist, nicht überschritten werden darf;

in Erwägung, daß wegen der Eingangs gedachten in einer und derselben Aeußerung des Imploranten enthaltene Verleumdung des Pfarrers H. und der Wittwe B. von diesen zwei besondere Privatklagen erhoben worden sind, der Commissarius des Kreisgerichts zu Hechingen für Injurien-Sachen auf die Klage des Pfarrers H. mittelst Erkenntnisses vom 12. Juli 1855 gegen den Imploranten auf drei Wochen Gefängniß, und auf die Klage der Wittwe B. mittelst Erkenntnisses von demselben Tage auf vierzehn Tage Gefängniß erkannt, der Appellations-Richter aber das erstere Erkenntniß lediglich bestätigt, das andere Erkenntniß dahin abgeändert hat, daß er statt auf vierzehn Tage nur auf eine Woche Gefängniß erkannt hat; daß durch die beiden Strafen von drei Wochen und einer Woche das im angeführten §. 156. des Str. G. B. Abs. 1. angedrohte Straafmaaß von Einer Woche bis zu einem Jahre Gefängniß nicht überschritten, die vorstehenden Rechtsgrundsätze also und der §. 55. des Str. G. B. nicht verletzt worden sind;

die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen.

№ 25.

Vorsätzliche Körperverletzung. Letalität der Verletzung. Gemeinschaftliche Thäterschaft Mehrerer.

1) Die Bestimmung des §. 185. des Str. G. B. findet auch auf den im §. 194. vorgesehenen Fall, wo eine vorsätzliche Mißhandlung oder Körperverletzung den Tod des Verletzten zur Folge gehabt hat, Anwendung.

2) Die Bestimmungen in den beiden ersten Absätzen des §. 195. des Str. G. B. finden keine Anwendung, wenn eine auf getroffener Verabredung beruhende und in den Grenzen derselben gebliebene gemeinschaftliche Thäterschaft der Mißhandelnden festgestellt worden ist. Vielmehr ist in solchem Falle jeder der Thäter für alle Folgen der nach der Verabredung gemeinschaftlich ausgeführten Mißhandlung verantwortlich, wenn auch diejenigen Verletzungen, welche den Tod oder eine schwere Körperverletzung zur Folge gehabt haben, nicht von ihm zugefügt worden sind.

Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 204.

Str. G. B. §§. 185. 193. 194. 195.

Die Geschworenen haben nachstehende Fragen folgendermaaßen beantwortet:

I. Ist der Angeklagte Friedrich Rat. schuldig:

A. am 3. September 1855

a. vorsätzlich,
b. mit Ueberlegung,
c. nach vorheriger Verabredung
aa. mit Rade . .,
bb. mit Ri.,
welche dahin ging, daß der Ackersmann Al. dadurch, daß derselbe durch Eingießen einer ätzenden Flüssigkeit in seine Augen oder auch durch Stechen mit einem Messer in die Augen blind gemacht, oder doch allenfalls durch Zerschlagen der Beine oder doch eines Beines unfähig gemacht werden solle, ferner die Verwaltung seines Vermögens und Hauswesens selbst zu führen, —

gemeinschaftlich mit dem Angeklagten Ri. gegen den Al. einen Angriff verübt und demselben dabei mittelst beiderseitigen Schlagens mit Knütteln auf den Körper des Al.
a. Mißhandlungen,
b. Körperverletzungen

zugefügt zu haben, welche nicht einzeln für sich, aber in ihrer Gesammtheit und unter Mitwirkung des Umstandes, daß der Al. während der Nacht vom 3. zum 4. September nach erhaltener Körperbeschädigung in Blutverlust und Schmerzen ohne Hülfe im Freien liegen blieb, den Tod des Verletzten zur Folge gehabt haben?

B. den Ri. durch Zureden und durch Versprechen einer Belohnung von 5 Thlr. zur Mitausübung der unter I. A. gedachten Mißhandlung des Al. angereizt und verleitet zu haben?

Antwort: Ja, der Angeklagte ist schuldig, mit mehr als sieben Stimmen, aber zu c. ist nicht erwiesen, daß die Verabredung mit Ri. auf das Blindmachen des Al. gegangen sei.

II. In Betreff des Angeklagten Ri. lautet die Frage wie in Betreff des Rat. die vorstehende Frage I. A., nur mit Versetzung der Namen Rat. und Ri. und die Antwort:

Ja, der Angeklagte ist schuldig, mit mehr als sieben Stimmen, aber es ist zu c. nicht erwiesen, daß die Verabredung mit Rade. und Rat. auf das Blindmachen des Al. gegangen ist.

III. Ist der Angeklagte Gerhard Heinrich Rade. schuldig:

A. den Friedrich Rat. zu der in der Frage I. A. bezeichneten, nach der Verabredung von Rat. unter Mitwirkung des Ri. auszuführenden, und von beiden demnächst in der bei der Frage I. A. bezeichneten Art ausgeführten vorsätzlichen Mißhandlung und Körperverletzung, welche den Tod des Verletzten zur Folge gehabt hat, durch Versprechen von Geld verleitet und

B. zu dem tödtlichen Erfolge dadurch mitgewirkt zu haben, daß er es vorsätzlich unterließ, in der Zeit vom 3. zum 4. Septbr. 1855 dem Verletzten Al. Hülfe zu vermitteln?

Antwort: Ja, der Angeklagte ist schuldig, mit allen in der Frage ermittelten Umständen, mit mehr als sieben Stimmen.

Die Fragen, nach dem Vorhandensein mildernder Umstände bei den in den Fragen I. II. und III. bezeichneten Thaten, sind verneint worden.

Das Schwurgericht zu Münster hat im Erkenntnisse vom 25. Januar 1856 erwogen:

daß gegen Rat. und Ri. durch den Ausspruch der Geschworenen ad I. A. und ad II. objectiv die Voraussetzungen des §. 195. Abs. 2. des Str. G. B. festgestellt seien, daß aber dessen Strafbestimmung dennoch gegen Rat. nicht zur Anwendung zu bringen sei, sondern der §. 194., weil nach dem Ausspruche ad II. Rat. zugleich

der Verleiter des Ri. gewesen sei, er daher nach den Grundsätzen der §§. 34. und 35. für die ganze, von ihm gewollte und theils persönlich, theils durch sein Werkzeug (den Ri.) ausgeführte That aufkommen müsse;

daß gegen Ri. der §. 195. Abs. 2. anzuwenden sei;

daß gegen Rade., als den Anstifter des Ganzen, nach dem Ausspruche ad III. A. mit Bezug auf die §§. 34. 35. der §. 194. anzuwenden sei;

daß Das, was gegen ihn durch den Ausspruch ad III. B. festgestellt worden, rechtlich insofern unerheblich sei, als es bei Feststellung des Thatbestandes der Tödtung nicht in Betracht komme, ob der tödtliche Erfolg durch zeitige Hülfe hätte verhindert werden können (§. 185. Str. G. B.), daß aber Rade. gewollt habe, daß Al. durch Blenden oder Zerschlagen der Beine oder eines Beines dauernd arbeitsunfähig gemacht werde, er mithin eine schwere Körper-Verletzung (§. 193. des Str. Ges. B.) gewollt habe,

und hat

1. den Angeklagten Rade. wegen Anstiftung zu und Theilnahme an einer vorsätzlichen schweren Mißhandlung und Körperverletzung, welche den Tod des Verletzten zur Folge gehabt hat, zu 18 Jahren Zuchthaus,
2. den Angeklagten Rat. wegen in Gemeinschaft mit einem Anderen verübter vorsätzlicher schwerer Körperverletzung, welche den Tod des Verletzten zur Folge gehabt hat, so wie wegen Verleitung eines Anderen zur Mitausübung dieses Verbrechens, zu 15 Jahren Zuchthaus,
3. den Angeklagten Ri. wegen in Gemeinschaft mit einem Anderen verübter vorsätzlicher schwerer Mißhandlung und Körperverletzung, welche den Tod des Verletz-

ten zur Folge gehabt hat, zu 4 Jahren Zuchthaus verurtheilt.

Rade. und Rat. haben Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt. Keiner von Beiden hat gerügt, daß die Antworten der Geschworenen auf die Fragen I. und II. das Ergebniß in Betreff der in die Fragen aufgenommenen begleitenden Umstände nicht besonders erwähnen. Rade. hat dagegen gerügt, daß der Ausspruch der Geschworenen nicht deutlich enthalte, daß er eine dauernde Arbeitsunfähigkeit des Al., also eine schwere Körperverletzung, gewollt habe, und Rat. hat gerügt, daß die festgestellte Verabredung zwischen ihm und Ri. nicht die Verabredung einer schweren Körperverletzung darstelle. Sodann ist geltend gemacht, daß zwei positive Todesursachen, die Verletzungen und das positive Mitwirken des für Rat. und Ri. fremden Umstandes, daß Al. in der Nacht ohne Hülfe im Freien liegen geblieben, festgestellt seien; es sei sonach keine letale, aber auch keine schwere Körperverletzung des Al. festgestellt. Der §. 185. sei unrichtig angewendet. Gegen Rat. habe daher der §. 194. des Str. G. B. nicht angewendet werden können, eben deshalb aber auch nicht gegen Rade. Rat. bezeichnet außerdem den §. 195. Abs. 3. und die §§. 34. und 35. als durch unrichtige Interpretation und Anwendung, und die §§. 187. und 190. als durch Nichtanwendung verletzt; eventualiter habe nur §. 195. Abs. 2. und eventualissime §. 193. angewendet werden können. Rade. bezeichnet den §. 195. Nr. 2. als denjenigen, welcher gegen Rat. und daher auch gegen ihn nur anzuwenden gewesen sei.

Das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abthl. II., hat in der Sitzung vom 3. Mai 1856 die Nichtigkeits-Beschwerde beider Angeklagten Rade. und Rat.

in Erwägung, daß nicht eine schwere Körperverletzung im

Sinne des §. 193. des Str. G. B., sondern der Tod des Verletzten die Folge der gegen Al. verübten Thätlichkeiten gewesen ist; daß die von Rat. und Ri. gemeinschaftlich dem Al. zugefügten Mißhandlungen und Körperverletzungen nicht einzeln für sich, aber in ihrer Gesammtheit und unter Mitwirkung des Umstandes, daß der Al. während der Nacht vom 3. zum 4. September nach erhaltener Körperbeschädigung in Blutverlust und Schmerzen ohne Hülfe im Freien liegen blieb, den Tod des Verletzten zur Folge gehabt haben;

daß dieser als mitwirkend festgestellte Umstand jedenfalls nichts Anderes ist, als eines Theils Das, was im Eingange, und anderen Theils Das, was am Schlusse des §. 185. des Str. G. B. mit den Worten vorgesehen worden ist:

> Bei Feststellung des Thatbestandes der Tödtung kommt es nicht in Betracht, ob der tödtliche Erfolg einer Verletzung durch zeitige oder zweckmäßige Hülfe hätte verhindert werden können, . . ingleichen, ob die Verletzung nur wegen der eigenthümlichen Leibesbeschaffenheit des Getödteten, oder wegen der zufälligen Umstände, unter welchen sie zugefügt wurde, den tödtlichen Erfolg gehabt hat;

daß auch daraus, daß der §. 185. im Tit. 15. des Str. G. B., von den Verbrechen und Vergehen wider das Leben, der §. 194. aber im Tit. 16., von der Körperverletzung, steht, kein Bedenken gegen dessen Anwendbarkeit auf den Fall, wo der Tod die Folge einer vorsätzlichen Mißhandlung oder Körperverletzung gewesen, entnommen werden kann, da durch die Bestimmung des §. 185. der Begriff der Letalität einer Verletzung, worüber in den im §. 185. hervorgehobenen Beziehungen

im Criminalrechte Streit geherrscht hatte, allgemein für die Fälle, wo der Tod wirklich erfolgt ist, hat festgestellt werden sollen, indem es einleuchtet, daß für die Feststellung des Causalzusammenhanges zwischen der zugefügten Verletzung und dem erfolgten Tode für alle Fälle, wo es auf diesen Causalzusammenhang ankommt, einerlei Voraussetzungen erfordert werden müssen, und daß namentlich eine Bestimmung, wie die in Rede stehende des §. 185., welche vermöge der Stellung dieses Paragraphen hinter den §§. 175. bis 184. unbestritten diesen Causalzusammenhang für die beiden äußersten Gegensätze der §§. 175., 176. und 184. — Tödtung aus Vorsatz, ja aus überlegtem Vorsatz zu tödten, und Tödtung aus Fahrlässigkeit — unter eine gesetzliche Regel bringt, auch für den in der Mitte liegenden Fall des §. 194. — Tödtung aus einem zwar nicht auf Tödtung, aber doch auf Mißhandlung oder Körperverletzung gerichteten Vorsatze hervorgegangen — gelten, der gleicher Maaßen für rein dolose und für rein culpose Tödtung gesetzlich festgestellte Begriff dieses Causalzusammenhanges auch für die aus culpa dolo determinata hervorgegangene Tödtung Geltung haben muß;

in Erwägung, daß nach dem Ausspruche der Geschworenen bei den Fragen I A. und II. die Angeklagten Rat. und Ri. vorsätzlich mit Ueberlegung und nach vorheriger Verabredung mit einander, welche dahin ging, daß Al. durch Zerschlagen der Beine oder eines Beines unfähig gemacht werden solle, ferner die Verwaltung seines Vermögens und Hauswesens zu führen, gemeinschaftlich gegen Al. einen Angriff verübt und demselben dabei mittelst beiderseitigen Schlagens mit einem Knüttel auf seinen Körper Mißhandlungen und Verletzungen zugefügt haben,

welche nicht einzeln für sich aber in ihrer Gesammtheit und unter Mitwirkung des beregten Umstandes dessen Tod zur Folge gehabt haben,

daß nach dieser Feststellung es den Anschein haben könnte, als sei auf Rat. und auf Ri. als die Thäter das Strafgesetz des §. 195. Abs. 2. anwendbar, was in Betreff des Ri. auch das Erkenntniß des Schwurgerichts angenommen hat; daß, wenn in Betreff des Ri. dies richtig wäre, es auch in Betreff des Rat. soweit er als Thäter in Betracht kommt, richtig sein würde, weil einerlei Thäterschaft gegen Beide festgestellt worden ist, und daß ebenso gegen Rat., in sofern er nach dem Ausspruche der Geschworenen bei der Frage I. B. als Anstifter Dessen, was Ri. gethan, in Betracht kommt, nach §§. 34. Nr. 1. und 35. des Str. G. B. wieder nur dasselbe Strafgesetz des §. 195. Abs. 2. zur Anwendung gebracht werden könnte, und eben dasselbe in Betreff des Rade als Anstifter des Ganzen gelten müßte;

daß für die Anwendbarkeit des §. 195. Abs. 2. allerdings die dahin:

daß Rat. und Ri. einen Angriff gegen Al. verübt haben, und daß die von ihnen mittelst beiderseitigen Schlagens zugefügten Verletzungen nicht einzeln für sich, sondern nur in ihrer Gesammtheit den Tod zur Folge gehabt haben,

gehende Feststellung sprechen würde, wenn nicht außerdem gegen sie ein gemeinschaftliches Handeln nach einer vorherigen Verabredung festgestellt wäre;

daß, um dieses Moment richtig zu würdigen, sowohl die allgemeinen Grundsätze von gemeinschaftlicher Thäterschaft, als die Grundsätze von dem Verhältnisse zwischen dem Vorsatz und dem Grade des Erfolges bei vorsätzlichen

Körperverletzungen und die Bestimmungen des §. 195. des Str. G. B. insbesondere näher ins Auge gefaßt werden müssen;

in Erwägung, daß das Strafgesetz=Buch das Complott nicht als ein selbstständiges, in sich selbst strafbares Verbrechen oder Vergehen kennt, eben so wenig als im Allgemeinen die Anstiftung ein solches bildet, was beides dem Endresultate, welches die Berathungen über die Strafbarkeit des Versuches gefunden haben, nämlich den engen Grenzen, in welche die Strafbarkeit des Versuches im §. 31. gezogen worden ist, entspricht, daß aber in keinem Stadium der Berathungen über das Strafgesetz=Buch der logische Satz:

daß Mehrere, welche nach Verabredung gemeinschaftlich zu einem Zwecke handeln, gemeinschaftliche Thäter sind,

und der hieraus folgende Rechtsgrundsatz:

daß jeder von solchen gemeinschaftlich handelnden Thätern für alle verabredeten Handlungen verantwortlich ist, wenn er auch nur bei einer derselben thätig ist,

in Zweifel gezogen worden sind, (vergl. Goltdammer, Materialien zum Str. G. B. Bd. 1. S. 284. 287. 291. 292. 295. 300. 310. 311.) und daß dieselben beständig bei den von mehreren Thätern gemeinschaftlich verübten Verbrechen und Vergehen ausgeübt werden:

in Erwägung, daß die Anwendbarkeit der verschiedenen in den §§. 187—194. des Str. G. B. enthaltenen Strafbestimmungen über vorsätzliche Mißhandlungen und Körperverletzungen nicht davon, ob eine einfache oder schwere Verletzung im Sinne des §. 193. beabsichtigt war, sondern allein von dem Grade des Erfolges abhängig ist, so daß der allgemeine Vorsatz der Mißhandlung oder Körperverletzung, wenn die mit demselben verübte thätliche

Behandlung keine der in den §§. 193. und 194. hervorgehobenen schweren Folgen hat, zu den Strafen der einfachen Körperverletzung — §§. 187 — 192. — wenn eine schwerere Folge im Sinne des §. 193. eingetreten ist, zu der in diesem Paragraphen angeordneten Strafe einer schweren Körperverletzung, und wenn die im §. 194. gedachte schwerste Folge, der Tod, eingetreten ist, zu der in diesem Paragraphen angeordneten Strafe der schwersten Körperverletzung führt;

in Erwägung, daß diese Grundsätze von der Strafbarkeit vorsätzlicher Körperverletzungen in Verbindung mit obigem Grundsatze von gemeinschaftlicher Thäterschaft zur Folge haben, daß die Mehreren, welche nach einer getroffenen Verabredung gemeinschaftlich die Mißhandlung eines Menschen ausgeführt haben, die eine schwere Körperverletzung oder den Tod desselben zur Folge gehabt hat, — gleich viel ob eine einzelne Verletzung, deren specieller Thäter vielleicht ermittelt ist, für sich, oder ob mehrere von verschiedenen Thätern verübte Verletzungen nur in ihrer Gesammtheit solchen schweren Erfolg gehabt haben — sämmtlich für diesen verhaftet, und daher sämmtlich der Strafe des §. 193. resp. §. 194. verfallen sind, und daß hierbei darauf, ob die Verabredung dahin, daß der Erfolg der Mißhandlung eine schwere Körperverletzung im Sinne des §. 193. sein solle, gerichtet war, gar nichts, sondern alles auf die gemeinschaftliche Thäterschaft nach einer getroffenen Verabredung ankommt;

daß aber bei aller in Betracht kommenden Verabredung verbrecherischer Gemeinschaft, sowohl bei der Verabredung zwischen mehreren Thätern als zwischen Anstifter und Thäter und zwischen Thäter und Gehülfen allerdings es darauf ankommt, ob die zur Bestrafung zu ziehende That

innerhalb der Grenzen der getroffenen Verabredung, des ertheilten Auftrages, der erlangten Kenntniß, wozu man Hülfe leiste u. s. w., liege;

in Erwägung, daß der auf die gedachten §§. 193. und 194. folgende §. 195. des Str. G. B. in seinen beiden ersten Absätzen, nach denen im Falle einer Schlägerei oder eines von Mehreren verübten Angriffs, wobei ein Mensch getödtet wird, oder eine schwere Körperverletzung erleidet, schon die bloße Theilnahme an der Schlägerei oder dem Angriffe mit Gefängnißstrafe, und die persönliche Betheiligung an einer von den mehreren Verletzungen, welche nicht einzeln für sich, sondern nur in ihrer Gesammtheit den Tod oder die schwere Körperverletzung zur Folge gehabt haben, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, also mit einer geringeren, als den in den §§. 193. und 194. angeordneten Strafen geahndet werden solle, — außerhalb der Voraussetzung einer auf getroffener Verabredung beruhenden gemeinschaftlichen Thäterschaft, welche in den Grenzen der getroffenen Verabredung geblieben ist, liegt, wie der dritte Absatz desselben §. 195. ergiebt, nach welchem durch die beiden ersten Absätze die Anwendung der Gesetze gegen diejenigen, welche als Anstifter oder Urheber eines Mordes oder eines Todtschlages oder einer schweren Körperverletzung, oder als Theilnehmer an diesen Verbrechen schuldig sind, nicht ausgeschlossen ist, wodurch für alle Fälle, wo die Voraussetzungen der Anstiftung, der Thäterschaft, also auch der gemeinschaftlichen Thäterschaft oder der Theilnahme an einem der in den §§. 175., 176 ff., 193. und 194. bezeichneten Verbrechen vorliegen, die in diesen Paragraphen angeordneten Strafen ausdrücklich vorbehalten worden sind;

in Erwägung, daß durch den Ausspruch der Geschworenen

feststeht, daß eine Verabredung zwischen den Angeklagten Rat. und Ri. dahin getroffen worden ist, daß Al. durch Zerschlagen seiner Beine oder doch eines Beines unfähig gemacht werden solle, die Verwaltung seines Vermögens und seines Hauswesens selbst zu führen, und daß nach dieser Verabredung beide gemeinschaftlich mittelst beiderseitigen Schlagens mit einem Knüttel, dem Al. Mißhandlungen und Körperverletzungen zugefügt haben, welche in ihrer Gesammtheit den Tod des Al. zur Folge gehabt haben;

daß nach dieser Feststellung eine auf einer getroffenen Verabredung beruhende und in den Grenzen der Verabredung gebliebene gemeinschaftliche Thäterschaft der Angeklagten Rat. und Ri. vorliegt, vermöge deren Jeder von ihnen nach den vorstehenden Grundsätzen für den eingetretenen schweren Erfolg des Todes des Al. verhaftet, mithin von Jedem die Strafe des §. 194. Str. G. B. verwirkt, gegen Rat. also mit Recht auf dieselbe erkannt worden, und dies nur unrichtig im angegriffenen Erkenntnisse allein dadurch, daß Rat. zugleich der Verleiter des Ri. gewesen, unter Bezugnahme der §§. 34. und 35. a. a. O. motivirt worden ist, während die richtige Motivirung auf der zwischen Beiden getroffenen Verabredung und der in den Grenzen derselben gebliebenen gemeinschaftlichen Thäterschaft beruhet;

in Erwägung, daß hiernach die Nichtigkeits-Beschwerde des Rat., soweit sie die §§. 195. Abs. 3., 194., 185. des Str. G. B. als unrichtig angewendet und die §§. 187., 190. event. 195. Nr. 2. und 193. ebendaselbst als durch Nichtanwendung verletzt bezeichnet, unbegründet, und soweit sie die §§. 34. und 35. als unrichtig angewendet bezeichnet, erfolglos ist;

in Erwägung, daß der Ausspruch der Geschworenen bei der Frage III. die im §. 34. Nr. 1. ebendaselbst aufgestellten Erfordernisse der Anstiftung zu dem von Nat. und Ni. verübten Verbrechen gegen den Angeklagten Rade. enthält und daher auch gegen diesen der §. 194. mit Recht angewendet und auch gegen ihn der §. 195. Nr. 2. mit Recht außer Anwendung geblieben ist,

zurückgewiesen.

№ 26.

Beibringung von Gift.

Strafbarkeit der vorsätzlichen Beibringung von Gift, in Fällen, in welchen die Absicht zu tödten nicht vorliegt oder nicht erwiesen wird; Sinn und Bedeutung des §. 197. des Str. G. B.

Gegen die Ehefrau des Eigenthümers L. war die Anklage erhoben, daß sie ihrem Ehemanne Gift, bestehend in einer Abkochung von Stechapfelsaamen, vorsätzlich in der Absicht zu tödten, beigebracht, und daß sie dadurch auch eine der Gesundheit ihres Ehemannes gefährliche Wirkung hervorgebracht habe, daß aber der Tod nur durch von ihrem Willen unabhängige Umstände nicht eingetreten sei. Sie ist deshalb wegen versuchten Giftmordes in Anklagestand versetzt.

Die demgemäß gestellte erste Frage wegen versuchten Giftmordes ist von den Geschworenen verneint. Sie lautete:

Schuldig, ihrem Ehemanne Johann L. vorsätzlich und in der Absicht, ihn zu tödten, Gift, bestehend in einer Ab-

kochung von Stechapfelsaamen, die ihm Uebelkeiten, Schmerzen im Leibe und Besinnungslosigkeit hervorgerufen, beigebracht, und dadurch Handlungen vorgenommen zu haben, die einen Anfang der Tödtung enthielten, und nur durch äußere, von dem Willen der Angeklagten unabhängige Umstände, nämlich durch Unzulänglichkeit der Abkochung oder ungenügende Prädisposition des L. ohne Erfolg geblieben sind?

Dagegen haben die Geschworenen folgende eventuelle Frage:

Schuldig, zu N. am 2. 3. und 15. September 1855 ihrem Ehemanne Johann L. vorsätzlich Gift, bestehend in einer Abkochung von Stechapfelsaamen, beigebracht zu haben?

mit mehr als sieben Stimmen bejaht.

Durch Urtel des Schwurgerichtshofes zu Marienwerder vom 15. Februar 1856 ist die Angeklagte von der Anklage des versuchten Giftmordes freigesprochen, dagegen wegen vorsätzlicher Körperverletzung durch Gift zu fünf Jahren Zuchthaus verurtheilt.

Gegen diese Entscheidung legte die Angeklagte die Nichtigkeits-Beschwerde ein. Es ward von ihr gerügt:

1) es sei nicht ausgedrückt worden, daß die Angeklagte die Absicht gehabt habe, ihren Ehemann an seiner Gesundheit zu beschädigen,
2) es sei nicht ausgedrückt, daß die Angeklagte den Stechapfelsaamen als Gift gekannt habe,
3) endlich, daß der Passus des §. 197., „welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind," nicht aufgenommen sei.

Das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen I. Abthl., hat jedoch durch Urtel vom 11. April 1856

in Erwägung, daß die Geschwornen folgende Frage bejaht haben:

Ist die Angeklagte schuldig, am 2. 3. und 15. Sep

tember 1855 ihrem Ehemanne Johann L. vorsätzlich Gift, bestehend in einer Abkochung von Stechapfelsaamen, beigebracht zu haben?

und daß der Gerichtshof hierauf die Angeklagte aus §. 197. des Str. G. B. wegen vorsätzlicher Körperverletzung durch Gift zu fünf Jahren Zuchthaus verurtheilt hat;

in Erwägung, daß nach der Entstehungsgeschichte des §. 197. (Materialien Bd. II. S. 426 f.) es die Absicht gewesen ist, in allen den Fällen, in welchen die Absicht zu tödten durch Beibringung von Gift nicht vorliegt, oder nicht erwiesen wird, eine besondere Strafvorschrift aufzustellen, durch welche die vorsätzliche Beibringung von Gift allein, ohne alle Rücksicht auf die dadurch herbeigeführten Folgen (Abs. 1.) und außerdem die wirklich herbeigeführte und zwar schwere Körperbeschädigung (Abs. 2.) mit Strafe bedrohet wird; daß mithin zur Anwendung der Strafvorschriften des Absatzes 1. der Nachweis eines wirklich entstandenen Schadens an der Gesundheit nicht erforderlich ist,

daß das Gesetz sagt:

Gift oder andere Stoffe, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind,

und daß, wie die Vorschrift des §. 304. deutlich ergiebt, nur bei den „anderen Stoffen" (also außer dem Gift) die Feststellung erforderlich ist, daß dieselben die Gesundheit zu zerstören geeignet seien, indem bei den Stoffen, welche im technischen Sinne Gift sind, diese Eigenschaft an und für sich in dem Begriffe selbst liegt, mithin einer besonderen Feststellung nicht bedarf; daß endlich aber die Feststellung, ob der beigebrachte Stoff ein Gift und eben deshalb ein solcher gewesen, welcher ohne weiteren Beweis die Gesundheit zu zerstören geeignet war, den Geschworenen obliegt;

daß zwar die Beschwerde die Feststellung der die Gesundheit zerstörenden Eigenschaft auch bei dem Gifte aus dem Grunde fordert, weil nur dadurch zugleich ermittelt werden könne, ob die Beibringung einer zur Tödtung oder Körperbeschädigung erforderlichen Quantität des Stoffes erfolgt sei; daß jedoch diese Auffassung dem Begriffe von Gift, d. h. eines Stoffes, welcher vermöge seiner Qualität allein die Gesundheit zu zerstören geeignet ist, widerspricht, indem hiernach die Beibringung einer jeden Quantität Gift, also eines an sich tauglichen Mittels zur Zerstörung der Gesundheit, den Thatbestand des §. 197. Absatz 1. darstellt;

daß, wie der Commissions-Bericht der ersten Kammer zu §. 197. insbesondere ergiebt, der Ausdruck „vorsätzlich," wie in dem Tit. 16. des Str. G. B. überhaupt, auch hier die Kenntniß des Thäters von der schädlichen Wirkung der beigebrachten Substanz ausdrücken soll, es mithin Sache der Angeklagten gewesen wäre, die Stellung einer besonderen, ihre Nichtkenntniß dieser schädlichen Wirkung betreffenden Zusatzfrage in Antrag zu bringen; (Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 12. Juni 1854 Präjudiz Nr. 99.)

daß endlich zwar das Bedenken entstehen könnte, ob insbesondere für den hier vorliegenden Fall des Absatzes 1. im §. 197. die Feststellung des Vorsatzes allein genüge, und nicht vielmehr ausdrücklich auch die auf Beschädigung der Gesundheit gerichtete Absicht festzustellen gewesen wäre, indem bei einem Thatbestande, welcher zu seiner Vollendung den wirklichen Eintritt schädlicher Folgen nicht fordert, aus der Natur des Vorsatzes allein zu schließen ist, ob derselbe ein feindseliger oder aber, wie bei der Handlung des ein Gift zur Heilung verabrei-

chenden Arztes, ein erlaubter gewesen ist; daß jedoch auch dieses Bedenken im Hinblick auf die Redactionsgeschichte des §. 197. erledigt wird, indem in der That in früheren Entwürfen der Ausdruck sich fand:

Wer in der Absicht zu schaden . . . einem Anderen Gift beibringt u. s. w.

dieser Ausdruck aber später in den einfacheren „vorsätzlich" verwandelt ist, welcher, wie der Commissionsbericht der ersten Kammer hervorhebt, jene Absicht zu schaden hiernach auch in diesem Falle mitumfaßt; daß es sonach Sache der Geschworenen ist, den Ausdruck „vorsätzlich" in diesem Sinne aufzufassen, im vorliegenden Falle aber die Verhandlungen kein Moment darbieten, welches auf eine Veranlassung zu einer anderweiten Auffassung der Handlung der Angeklagten hindeuten könnte;

die Richtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen.

№ 27.

Schwere Körperverletzung.

Voraussetzungen zur Anwendung des §. 197. des Str. G. B., insbesondere, ob der Thäter gewußt haben muß, daß die Substanzen, welche er einem Anderen beigebracht, Gift oder Stoffe seien welche zur Zerstörung der Gesundheit geeignet sind.

Str. G. B. §. 197.

Der zwölfjährige Knabe F. diente bei der Gärtner-Wittwe D. Er hatte sich eines Diebstahls an Brod schul-

dig gemacht und war deshalb von dem achtzehnjährigen Sohne der Wittwe D. gezüchtigt worden. Dies brachte den F. auf den Gedanken, dem D. bei Gelegenheit einen Possen zu spielen, und er führte diesen Entschluß dadurch aus, daß er, als er eines Tages von seiner Dienstfrau beauftragt worden war, ihrem Sohne das in einer Buttermilchsuppe bestehende Frühstück auf das Feld zu tragen, in die Suppe wenigstens 30 Stück abgeschnittene Köpfe von Zündhölzchen warf und die Suppe demnächst mit einem Löffel umrührte. Er that dies in der Absicht, dem D. den Appetit zu verderben und ihm Uebelkeit und Erbrechen zu erregen. D. entdeckte jedoch sofort in der Suppe die Zündholzköpfe, aß daher nicht von der Suppe, welche darauf weggegossen ist.

Auf Grund dieser Thatsachen wurde F. wegen versuchter vorsätzlicher Körperverletzung auf Grund des §. 197. des Str. G. B. in Anklagestand versetzt.

Der erste Richter nahm, entsprechend dem Eingeständnisse des Angeklagten, die thatsächlichen Verhältnisse, wie sie vorstehend dargestellt sind, als bewiesen an, erachtete auch ferner durch die Aussage des Apothekers M. für bewiesen: daß sich an den Köpfen der Streichzündhölzer Phosphor befunden, welcher, wenn er mit Milch vermischt wird, sich darin auflöst und Schwefel- und Wasserstoff-Gas entwickele, sowie ferner, daß der Genuß solcher Milch, in welcher der Phosphor von 30 Zündhölzchen aufgelöst ist, eine Zerstörung der Gesundheit bewirken könne. Der erste Richter nahm dagegen nicht als bewiesen an, daß Angeklagter gewußt habe, daß der Genuß solcher präparirter Milch eine Zerstörung der Gesundheit bewirke. Der erste Richter erachtete aber diese Wissenschaft für unerläßlich zur Anwendung des §. 197. und sprach deshalb den Angeklagten

von der Anklage frei. Auf die Appellation der Staats-Anwaltschaft ward dagegen von dem Appellations-Gerichte zu Glogau unter dem 11. April 1856 mit Anwendung der §§. 197., 31., 43. des Str. G. B. abändernd dahin erkannt, daß F. zu einer vierwöchentlichen Gefängnißstrafe zu verurtheilen.

Der Appellations-Richter ging hierbei davon aus, daß das Wort „vorsätzlich" im §. 197. nur den Gegensatz zu einer durch Fahrlässigkeit bewirkten Beibringung eines schädlichen Stoffes bilde und daher nicht nöthig sei, daß der Vorsatz auf die Hervorbringung einer die Gesundheit zerstörenden Wirkung gerichtet gewesen, zur Anwendung des §. 197. vielmehr genüge, daß der schädliche Stoff mit Bewußtsein und in böser Absicht (dolus) beigebracht worden, und es daher nicht darauf ankommen könne, ob der Thäter die Schädlichkeit des dem Andern beigebrachten Stoffes vollständig gekannt habe, eben so wenig wie bei einer schweren Körperverletzung zur Anwendung des §. 193. erfordert werde, daß der Wille des Thäters auf die Hervorbringung einer schweren Körperverletzung gerichtet gewesen, oder derselbe die Gefährlichkeit der in der Absicht zu verletzen vorgenommenen Handlungen gekannt habe, vielmehr genüge, daß die in der Absicht zu verletzen vorgenommene Handlung objectiv die von dem Gesetze erforderte Wirkung gehabt habe.

Gegen diese Entscheidung legte der Angeklagte die Nichtigkeits-Beschwerde ein, welche auch von dem Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abthl. I., für begründet erachtet worden. Unter dem 20. Juli 1856 ist nämlich,

in Erwägung, daß zum Thatbestande des im §. 197. des Str. G. B. vorgesehenen Verbrechens nothwendig gehört, daß der Thäter wußte, daß die Substanzen, die er dem

Anderen beibrachte, Gift oder Stoffe seien, welche zur Zerstörung der Gesundheit geeignet sind, und daß namentlich die Kenntniß von einer Schädlichkeit der beigebrachten Substanzen im Allgemeinen nicht hinreicht, um den zu dem Verbrechen erforderlichen dolus zu erfüllen;

daß darauf schon die eigenthümliche Natur des fraglichen Verbrechens hinweist, sowie die besondere Strenge, mit welcher dasselbe im Vergleiche zu der einfachen oder schweren Körperverletzung behandelt ist;

daß aber auch das Wort „vorsätzlich" in dem §. 197., der Stellung und dem Zusammenhange nach, nicht allein auf die absichtliche Beibringung der Substanzen, sondern auch auf die Kenntniß der im Gesetz vorausgesetzten Eigenschaft derselben zu beziehen ist;

daß dies in dem Berichte der ersten Kammer (Verhandlungen ꝛc. Seite 477. ad Art. 197.) ausdrücklich anerkannt ist, indem gesagt wurde, daß jenes Wort die Kenntniß der schädlichen Wirkungen in sich schließe;

daß diese Annahme zudem in dem §. 304. des Str. G. B. eine directe Unterstützung findet, indem bei dem darin vorgeschriebenen Verbrechen der Vergiftung von Brunnen ꝛc. mit dürren Worten gefordert wird, daß der Thäter ꝛc. vergiftet, oder Stoffe beigemischt, von denen ihm bekannt ist, daß sie die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet seien;

daß zwar allerdings das vorliegende Verbrechen unter dem Titel der Körperverletzung aufgeführt ist, und bei der schweren Körperverletzung die Vorsätzlichkeit des Thäters nur auf die absichtliche Vornahme der verletzenden Handlung, und nicht zugleich auf den eingetretenen Erfolg speciell gerichtet zu sein braucht; daß daraus aber kein Argument dafür abzuleiten ist, daß bei der Körper-

verletzung durch Beibringung von Gift, die Kenntniß von der Natur der beigebrachten Substanz nicht erforderlich sei, vielmehr nur dies zu folgern wäre, daß es bei dieser Kenntniß nicht außerdem noch auf die Absicht, eine erhebliche Störung oder Zerstörung der Gesundheit bis zu einem bestimmten Grade hervorzubringen, ankommen könne;

daß der Appellations-Richter im gegenwärtigen Falle thatsächlich nicht festgestellt hat, daß der Angeklagte gewußt habe, daß die von ihm der Milchsuppe beigemischten Zündholzköpfchen Gift oder solche Stoffe seien, welche zur Zerstörung der Gesundheit geeignet sind;

daß er vielmehr bei Beurtheilung der Sache, von der rechtlichen Ansicht ausgeht, daß im Sinne des §. 197. des Str. G. B. es nicht erforderlich sei, daß der Thäter die Schädlichkeit des dem Andern beigebrachten Stoffes vollständig gekannt und eine bestimmte Wirkung bezielt habe, wie ja auch bei der schweren Körperverletzung aus §. 193. ibid. nicht nothwendig der Wille des Thäters auf die Hervorbringung einer schweren Verletzung gerichtet gewesen sein müsse;

daß der Appellations-Richter also mit Berufung auf eine nicht zutreffende Analogie, die allgemeine Kenntniß von der bloßen Schädlichkeit eines in böser Absicht beigebrachten Stoffes zur Anwendung des §. 197. a. a. O. für genügend hält;

daß diese Rechtsansicht aber dem Ausgeführten gemäß, den richtigen Sinn des §. 197. verkennt, und die Verurtheilung des Angeklagten, in sofern sie auf diesen Paragraphen gestützt ist, auf der falschen Anwendung dieses Gesetzes beruhet, das angefochtene Urtel daher schon um deswillen der Vernichtung nicht entgehen, und davon ab-

gesehen werden kann, ob die Erfordernisse des Versuchs in einer dem §. 31. des Str. G. B. entsprechenden Weise genügend festgestellt seien;

daß übrigens die Sache zu einer definitiven Entscheidung noch nicht angethan ist;

daß nämlich zwar vom ersten Richter thatsächlich festgestellt worden ist, daß es nicht erwiesen sei, daß der Angeklagte gewußt habe, daß der Genuß von Milch, in welcher der Phosphor von 30 Zündholzköpfchen aufgelöst worden, eine Zerstörung der Gesundheit bewirken könne, und daß es nicht als feststehend zu betrachten, daß er gewußt habe, daß die Streichholzköpfe Gift und zur Zerstörung der Gesundheit geeignete Stoffe seien;

daß gleichwohl der Appellations-Richter, welcher vermöge der neuen Beweisaufnahme an die thatsächliche Feststellung des ersten Richters nicht mehr gebunden war, nirgends deutlich ausgesprochen hat, daß er bei dieser Feststellung bleiben wolle; die im Eingange der Erwägungen geschehene Bezugnahme auf die eigenen Erklärungen des Angeklagten vielmehr auf eine weiter gehende Annahme schließen läßt;

daß jedenfalls aber die thatsächliche Annahme desselben zu schwankend erscheint, um hier die Grundlage einer Entscheidung abzugeben;

daß die Anklage aufstellt, daß der Angeklagte das im §. 197. des Str. G. B. vorhergesehene Verbrechen versucht habe, die Anklage also davon ausgeht, daß derselbe auch den Vorsatz im Sinne dieses Paragraphen gehabt habe, daß demnach die Anklage noch nicht erledigt ist;

für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Glogau vom 11. April 1856 zu vernichten, und die Sache

zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückzuweisen.

№ 28.

Diebstahl vermittelst Einbruchs in Gebäuden.

Der Ausdruck im §. 223. des Str. G. B. „Gewalt an den Einfriedigungen, oder an Gegenständen oder Vorrichtungen, welche das Eindringen verhindern," setzt nicht nothwendig eine Verletzung jener Einfriedigungen, Gegenstände oder Vorrichtungen voraus. Präj. des Sen. für Straff. Nr. 203. Str. G. B. §. 223.

Durch die wider den Handarbeiter L. und Genossen geführte Untersuchung ist von dem Kreisgerichte zu Langensalza der Verdacht für genügend begründet erachtet, resp. für erwiesen angenommen, daß in der Nacht vom 18. zum 19. Mai 1855 aus der verschlossenen Scheune des A. zu Gr. A. ungefähr vier Scheffel ungereinigten Roggens entwendet worden sind, daß am anderen Morgen der rechte Thorflügel der Scheune noch durch das Vorlegeschloß mit dem linken Flügel verbunden, auf der anderen Seite aber aus der unteren Nabe an der Scheunenwand mittelst eines untergestellten Zaunpfahls herausgehoben und eine solcher Gestalt bewirkte, etwa zwei Fuß breite Oeffnung zwischen dem Thorflügel und der Scheunenwand vorgefunden worden ist, durch welche die Thäter sich den Eingang zum Eindrin-

gen in die Scheune geöffnet und nachdem sie auf diese Weise eingedrungen waren, den Roggen in der Absicht rechtswidriger Zueignung weggenommen haben, daß aber Spuren äußerer Verletzung nicht wahrzunehmen gewesen sind.

Das Kreisgericht zu Langensalza hat sich durch das rechtskräftig gewordene Erkenntniß vom 9. Januar 1856, weil ein vermittelst Einbruchs und im wiederholten Rückfalle verübter Diebstahl vorliege, für incompetent erklärt, der Criminal-Senat des Appellations-Gerichts zu Naumburg aber mittelst Beschlusses vom 15. Februar 1856 angenommen, daß kein mittelst Einbruchs verübter, sondern nur ein einfacher Diebstahl im wiederholten Rückfalle vorliege und nur wegen eines solchen die Thäter in den Anklagestand zu versetzen seien, das Kreisgericht zu Langensalza daher zur Verhandlung und Entscheidung competent sei.

Der hiernach bestehende Competenz-Conflict war nach Art. 9. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 durch das Ober-Tribunal zu erledigen. Die zweite Abtheilung des Senats für Strafsachen, welcher die Acten zur Beschlußfassung vorgelegt worden, nahm auf den Grund des nicht streitigen Sachverhältnisses an, daß der Diebstahl vermittelst Einbruchs verübt und es nicht entscheidend sei, daß keine Beschädigung des Thorflügels erfolgt sei. Von einer solchen Beschädigung der Thorflügel hatte aber in mehreren gleichen Fällen die erste Abtheilung des Senats für Strafsachen die Anwendung des §. 218, Nr. 3. Str. G. B. — erste Ausgabe — und des §. 223. ibid. abhängig gemacht. Es ist deshalb die streitig gewordene Frage:

Setzt der Ausdruck im §. 223. Str. G. B. „Gewalt an Einfriedigungen oder an Gegenständen oder Vorrichtungen, welche das Eindringen verhindern," nothwendig eine

Verletzung jener Einfriedigungen, Gegenstände oder Vorrichtungen voraus?

zur Berathung an das Plenum des Senats für Strafsachen verwiesen und dieses hat in der Sitzung vom 5. Mai 1856 diese Frage verneint. Demgemäß ist

in Erwägung, daß nach §. 218. Nr. 3. des Str. G. B. ein schwerer Diebstahl unter Anderm begangen wird, wenn in einem Gebäude oder in einem umschlossenen Raume vermittelst Einbruchs oder Einsteigens gestohlen wird, und daß nach §. 223. Einbruch vorhanden ist:

1) wenn der Thäter mittelst Gewalt an den Einfriedigungen oder an Gegenständen oder Vorrichtungen, welche das Eindringen verhindern, einen vorher nicht vorhanden gewesenen oder einen verschlossenen Eingang sich öffnet, oder eine schon vorhanden gewesene Oeffnung zum Eindringen erweitert, oder sonst eine Oeffnung macht, mittelst welcher er den Eingang zum Eindringen sich öffnet, oder auch ohne einzudringen, den Diebstahl vollbringen kann;

2) wenn der Thäter im Innern eines Gebäudes in vorstehender Weise Thüren, Wände, Eingänge oder Durchgänge, Schränke, Kisten oder andere Behältnisse eröffnet;

in Erwägung, daß diese Begriffsbestimmung des „Einbruchs" zu Zweifeln darüber Veranlassung gegeben hat, ob das Oeffnen mittelst Gewalt an den Einfriedigungen u. s. w. nothwendig eine Verletzung derselben voraussetze; daß für die Bejahung dieser Frage, da das im gemeinen deutschen Criminalrechte beim gefährlichen Diebstahl übliche Wort: „Einbruch" beibehalten worden ist, die Art. 158—160. der Peinlichen Gerichtsordnung, welche von „Brechen und Steigen" reden, die §§. 1163. und 1165. Tit. 20. Thl. II. A. L. R., die von „Erbrechen" reden, und die Art. 393.

bis 396. des Rheinischen Strafgesetz-Buchs, welche den Begriff: „effraction, Einbruch“ näher bestimmen, angezogen worden sind; daß aber bei der jetzt von dem Plenum des Senats für Strafsachen vorgenommenen Prüfung dieser zweifelhaften Frage hat anerkannt werden müssen, daß jene Art. 158—160. und §§. 1163. und 1165., da sie keine Definition des „Brechens“ und „Erbrechens“ aufstellen und diese Art. 393—396., da die in ihnen aufgestellte Definition der effraction im jetzigen Strafgesetz-Buche gänzlich verlassen worden ist, für das Verständniß der in diesem so, wie vor steht, neu aufgestellten Definition des Einbruchs von keinem entscheidenden Gewichte sind, und daß eben darum, weil das Straf-Gesetz-Buch eine Definition des Wortes: „Einbruch“ aufstellt, dieselbe nicht wiederum durch dieses Wort aufgeklärt werden kann, daß vielmehr sie die nun vom Gesetz gegebene Begriffsbestimmung dieses Wortes ist; daß aus dieser Begriffsbestimmung das Wort: „Brechen“ so wie jeder andere Ausdruck, welcher eine eigentliche Zerstörung oder Verletzung der Einfriedigungen, u. s. w. bezeichnete, weggelassen, dagegen alles Gewicht darauf gelegt worden ist, daß mittelst Gewalt an denselben der Eingang geöffnet, eine Oeffnung erweitert oder gemacht worden sei; daß allerdings nicht jede thätliche Behandlung einer Sache, welche mit Kraftanstrengung verbunden ist, eine Gewalt an der Sache genannt werden kann, daß es aber zur thatsächlichen Beurtheilung jedes einzelnen Falles gehört, ob an den Einfriedigungen u. s. w. eine Gewalt verübt und mittelst derselben ein Eingang geöffnet, eine Oeffnung erweitert und gemacht sei; daß diese thatsächliche Beurtheilung durch die gesetzliche Begriffsbestimmung des §. 223. dem Richter der That hat überlassen werden

sollen, ohne ihn darin, ob die Gewalt an den Einfriedigungen u. s. w. eine andere Wirkung, als daß mittelst derselben der Eingang eröffnet, eine Oeffnung erweitert oder gemacht worden sei, hervorgebracht, insbesondere eine Verletzung der Einfriedigungen u. s. w. bewirkt habe zu beschränken;

in Erwägung, daß diejenige Behandlung des einen Thorflügels der Scheune, mittelst welcher nach dem Eingangs Gedachten die Diebe sich den vorher verschlossenen Eingang zur Scheune geöffnet haben, von der Art ist, daß den Geschworenen die Beurtheilung darüber, ob darin eine Gewalt an dem das Eindringen verhindernden verschlossenen Scheunenthor enthalten sei, nicht entzogen werden darf;

in Erwägung, daß L. in den Jahren 1842 bis 1851, M. in den Jahren 1840 bis 1848 wegen Diebstahls wiederholentlich von Preußischen Gerichten rechtskräftig verurtheilt worden,

beschlossen

daß unter Aufhebung des Beschlusses des Criminal-Senats des Appellations-Gerichts zu Naumburg vom 15. Februar 1856 der L., M. und R. als hinreichend belastet, in der Nacht vom 18. zum 19. Mai 1855 aus der verschlossenen Scheune des A. etwa vier Scheffel fremden Roggens von der Tenne in der Absicht rechtswidriger Zueignung gemeinschaftlich weggenommen zu haben und zwar nachdem sie mittelst Gewalt an dem einen Thorflügel der Scheune einen vorher verschlossenen Eingang in dieselbe sich geöffnet hatten,

auf den Grund des Str. G. B. §§. 215. 218. Nr. 3. — ältere Ausgabe — §. 223. Nr. 1. und §. 219. und zwar der L. wegen schweren Diebstahls im wiederholten Rückfalle,

der M. wegen schweren Diebstahls im wiederholten Rückfalle,
der R. wegen schweren Diebstahls,
in den Anklagestand zu versetzen und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an das Schwurgericht zu Erfurt zu verweisen.

№ 29.

Strafbarer Eigennutz.

Unter Sachen im Sinne des §. 272. des Str. G. B. sind auch Activforderungen zu verstehen. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 200.

Str. G. B. §. 272.

Allerh. Cabinets-Ordre vom 11. December 1833. (Gesetz-Samml. S. 296.)

Der Victualienhändler W. verschuldete der Salarien-Casse des Kreisgerichts zu O. 52 Thlr. an Kosten, zu deren Deckung eine von ihm gegen die verehelichte Z. eingeklagte Forderung durch gerichtliche Verfügung mit Beschlag belegt, und insbesondere ihm jede Cession, Verpfändung oder anderweite Disposition darüber bei Strafe des strafbaren Eigennutzes untersagt worden war. Dennoch cedirte er später diese Forderung weiter. Weil er hierdurch dieselbe vorsätzlich der Beschlagnahme entzogen habe, verurtheilte das Stadtgericht zu B. ihn auf Grund des §. 272. des Str. G. B. wegen strafbaren Eigennutzes zu 14 Tagen Gefängniß. Auf seine gegen das diese Verurtheilung bestätigende Appellations-Erkenntniß eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat die erste Abtheilung des Senats für Straf-

sachen beim Ober-Tribunal am 2. November 1855 vernichtend und freisprechend erkannt,

in Erwägung, daß die Vorschrift des §. 272. sich nicht auf die Beschlagnahme ausstehender Forderungen bezieht; daß sich dies vorerst aus der Geschichte desselben ergiebt, indem, wie die früheren beinahe gleichlautenden Entwürfe zeigen, diese Bestimmung aus der für die Rheinprovinz erlassenen Königlichen Cabinets-Ordre vom 11. December 1833 entnommen worden, welche auf den Art. 600. der bürgerlichen Proceß-Ordnung in dem Titel von der Pfändung beweglicher (körperlicher) Sachen hinweist; daß hiervon abgesehen, die Voraussetzung des §. 272. bei einer mit Arrest belegten Forderung nicht eintritt, da sowohl gemeinrechtlich und nach der Rheinischen Proceß-Ordnung, als nach der Allg. Ger. Ordn. Thl. I. Tit. 24. §. 101. der Schuldner, wenn ihm die Beschlagnahme zugestellt ist, nicht mehr gültig zahlen, mithin der Gläubiger auch nicht mehr über diese Forderung verfügen und sie dem Arreste entziehen kann; daß diese Ansicht in dem zweiten Absatze des §. 272. ihre Bestätigung findet, da die strafbaren Handlungen der übrigen dort genannten Personen sich nur auf eine Pfändung von Mobilien und nicht auf den Arrest einer Activforderung beziehen können.

Neuerlich lag folgender Fall zur Entscheidung der zweiten Abtheilung des Senats für Strafsachen vor:

In Verfolg einer verhängten gerichtlichen Sequestration war dem Sattlermeister M. die Verfügung über die Annahme von Revenüen seines Hauses untersagt worden. Gleichwohl hatte er 1 Thaler Draufgeld auf Miethe von einem neuen Miether später gefordert und angenommen. Das Kreisgericht zu Halle hat in dem Urtel vom 5. Juli 1855 festgestellt: daß Angeklagter 1 Thlr. Mieths-Drauf-

geld widerrechtlich von dem Miether angenommen und der Beschlagnahme entzogen habe, und auf Grund des §. 272. den M. wegen strafbaren Eigennutzes verurtheilt. Auf seine Appellation hat der Criminal-Senat des Appellations-Gerichts zu Naumburg in dem Urtel vom 22. September 1855 erwogen,

daß der §. 272. nur von körperlichen Sachen, Sachen im engeren Sinne, nicht auch von Forderungsrechten und deren sächlichen Objecten handle (§. 1. Thl. I. Tit. 2. A. L. R.), da die nach §. 101. Tit. 24. Thl. I. A. G. O. angeordnete Beschlagnahme, falls der Schuldner an den Exequendus zahle, die Folge habe, daß der Schuldner noch einmal zahlen müsse, somit eine Vereitelung der Beschlagnahme bei Activforderungen nicht denkbar sei;

der Angeklagte war daher in zweiter Instanz freigesprochen.

Die Nichtigkeits-Beschwerde des Ober-Staats-Anwalts rügt die Verletzung des §. 272. des Str. G. B., verweist auf die §§. 1., 3. Tit. 2. Thl. I. A. L. R. und bemerkt, daß der Miether E., dem die Beschlagnahme nicht bekannt gemacht sein werde, nicht verpflichtet erscheine, den bereits an den Angeklagten gezahlten 1 Thlr. Draufgeld noch einmal zu zahlen.

Die zweite Abtheilung des Senats für Strafsachen beschloß bei der Erörterung dieser Nichtigkeits-Beschwerde von dem obigen Princip der ersten Abtheilung abzugehen. Die Sache mußte daher zur Entscheidung des Plenums des Senats für Strafsachen verwiesen werden, und dieses hat hierauf unter Annahme des im Eingange gedachten Präjudicces am 31. März 1856

in Erwägung, daß die für die Rheinprovinzen erlassene Cabinets-Ordre vom 11. December 1833 dem im Eingange derselben angegebenen Zwecke, eine durch den Inhalt des

Art. 600. der Rhein. Civ. Proc. Ord. fühlbar gewordenen Lücke im Rheinischen Strafgesetz-Buche auszufüllen, gemäß nur gerichtlich gepfändete bewegliche Sachen und auf dem Halme stehende Früchte im Auge hat und nur für Handlungen, durch welche diese körperlichen Sachen der Beschlagnahme entzogen werden, eine Strafe androht; daß es bei einem nur für die Rheinprovinzen erlassenen Gesetze um so natürlicher war, sich in diesen Schranken zu halten, da eine nach dortigen Gesetzen gehörig verhängte Beschlagnahme von Activforderungen durch Handlungen solcher Personen, wie die Cabinets-Ordre gedenkt, rechtlich nicht vereitelt werden kann;

in Erwägung, daß Letzteres aber in denjenigen Landestheilen, in welchen das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichts-Ordnung gelten, sich anders verhält, indem z. B. mit Beschlag belegte Hypothekenforderungen, so lange die darüber lautenden Hypotheken-Documente noch nicht in Folge der Beschlagnahme nach §. 101. der A. G. O. Thl. I. Tit. 24. in das gerichtliche Depositum abgeliefert sind, von deren Inhaber, wenn er die verhängte Beschlagnahme verschweigt, einem redlichen Dritten noch mit voller Wirkung Rechtens cedirt werden können, weshalb denn auch der angeführte §. 101. vorschreibt, daß bei Verhängung der Beschlagnahme einer Activforderung dem Inhaber derselben, dem Exequendus, jede Disposition über dieselbe bei Vermeidung der in den peinlichen Rechten verordneten Strafe des Betrugs untersagt werden soll;

in Erwägung, daß es daher bei Erlaß des für sämmtliche Landestheile bestimmten Strafgesetz-Buchs nahe lag, alle durch die zuständigen Behörden verhängte Beschlagnahme, nicht bloß die über körperliche Sachen, sondern auch die

über Activforderungen verhängte, durch einerlei Strafgesetz zu sichern und dadurch die im angeführten §. 101. für jeden einzelnen Fall der Beschlagnahme einer Activforderung vorgeschriebene Androhung der Strafe des Betruges zu beseitigen, zumal da die Bestimmungen des Strafgesetz-Buchs über den Betrug erhebliche Zweifel erregen mußten, ob solche specielle Strafandrohung die demnächstige Anwendung der Betrugsstrafe des Strafgesetz-Buchs in allen Fällen rechtfertigen werde;

in Erwägung, daß der allerdings im Allgemeinen der Cabinets-Ordre vom 11. December 1833 nachgebildete §. 272. des Str. G. B. doch, was schon in den Entwürfen seit 1843 geschehen, die einschränkende Fassung der Cabinets-Ordre verlassen hat, indem er nicht bloß von „gepfändeten beweglichen Sachen und auf dem Halme stehenden Früchten", sondern allgemein von „Sachen, welche durch die zuständigen Behörden oder Beamten gepfändet oder in Beschlag genommen worden sind", redet, und daß hieraus, da „Sachen" im weiteren Sinne nach dem A. L. R. Thl. I. Tit. 2. §§. 1., 2. und 7. ebenso wie „biens" nach dem Rheinischen Gesetzbuche Art. 527—529. auch Activforderungen unter sich begreifen, entnommen werden muß, daß die gewählte weitere Fassung wirklich alle Beschlagnahme, eben so wohl die über Activforderungen, als die über körperliche Sachen verhängte, hat bezeichnen sollen;

in Erwägung, daß dieser Auslegung auch nicht entgegensteht, daß eine in Beschlag genommene Activforderung nur von Demjenigen selbst, gegen welchen sie in Beschlag genommen worden, in der Regel nicht von Angehörigen desselben, und nicht von einem bestellten Hüter oder einem Dritten der Beschlagnahme entzogen werden kann,

daß also nur die gegen Jenen selbst gerichtete Hauptbestimmung des §. 272. nicht die an dieselbe unter Nr. 1. bis 3. angeschlossene gegen Angehörige, Hüter und Dritte gerichtete Bestimmung der Regel nach auf die Beschlagnahme von Activforderungen Anwendung erleiden kann, indem es dem richtigen Sprachgebrauche nicht zuwider ist, auf solche Weise der Hauptperson, deren Handlung alle in Rede stehenden Gegenstände betreffen kann, andere Personen anzuschließen, deren Handlung nur etliche von diesen Gegenständen betreffen kann, wobei es sich von selbst versteht, daß gegen diese die Strafbestimmung nur da, wo sie der Natur der Sache nach für sie passen kann, Anwendung erleidet;

in Erwägung, daß nach dem Allen angenommen werden muß, daß unter „Sachen" im Sinne des §. 272. des Str. G. B. auch Activforderungen zu verstehen sind;

in Erwägung, daß der auf der entgegengesetzten Ansicht beruhende Theil des Appellations-Erkenntnisses, welcher den Angeklagten des strafbaren Eigennutzes nicht schuldig erachtet, also zu vernichten ist;

in Erwägung, daß die vom Appellations-Richter beibehaltene definitive thatsächliche Feststellung des ersten Richters:

daß der Angeklagte 1 Thlr. Mieths-Draufgeld widerrechtlich der Beschlagnahme entgegen von C. angenommen und der Beschlagnahme entzogen habe,

nach den in den ihr vorausgehenden Gründen mitgetheilten Thatsachen erheblichen Bedenken unterliegt, indem es danach scheint, daß eine Forderung des Angeklagten an C. auf 1 Thlr. Mieths-Draufgeld bis dahin noch gar nicht existirt habe, also auch nicht mit Beschlag belegt sein könne, daß vielmehr, nachdem das Haus des Angeklagten unter Sequestration gestellt worden, der Angeklagte eine

Wohnung in demselben ohne Ermächtigung des Sequesters an E. vermiethet und hierbei von demselben 1 Thlr. Miethe-Draufgeld gefordert und empfangen habe, bei solcher Voraussetzung aber nicht ersichtlich ist, welche rechtliche Wirkung die Handlung des Angeklagten der Sequestrations-Masse gegenüber gehabt haben könne, und eben so bei der anderen Voraussetzung, daß eine Forderung von 1 Thlr. Mieths-Draufgeld an E. wirklich mit Beschlag belegt worden sei, nicht ersichtlich ist, wie für das Rechtsverhältniß zwischen der Sequestrations-Masse und dem E. diese Forderung dadurch, daß Angeklagter unbefugt von E. 1 Thlr. erhoben, der Beschlagnahme mit Wirkung Rechtens entzogen sei;

in Erwägung, daß zur Erledigung dieser Bedenken die Wiederholung einer Beweisaufnahme nach Art. 101. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 angeordnet werden, zu diesem Behufe die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Appellations-Gericht zurückgewiesen, diesem aber die nähere Anordnung, in wie weit die Beweisaufnahme zu wiederholen, überlassen werden muß,

für Recht erkannt:

daß das Erkenntniß des Criminal-Senats des Appellations-Gerichts zu Naumburg vom 22. September 1855, soweit es den Angeklagten des strafbaren Eigennutzes nicht schuldig erklärt, zu vernichten, und die Sache zur anderweiten Verhandlung unter gänzlicher oder theilweiser Wiederholung der Beweisaufnahme und zur Entscheidung an das Appellations-Gericht zu Naumburg zu verweisen.

№ 30.

Begriff der Jagd, und ob eine unerlaubte Ausübung derselben stattgefunden hat, wenn das jagdbare Thier, dessen sich Jemand unberechtigt aneignet, bereits getödtet war.

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §. 127., Thl. II. Tit 16. §. 30. Str. G. B. §. 274.

Gegen den Käthner J. und die Wittwe G. ist thatsächlich festgestellt, daß dieselben ein von der Letzteren in der königlichen Forst aufgefundenes todtes Reh in ihre Wohnung geschafft, dort zerlegt und verzehrt haben. Deshalb zur Untersuchung gezogen, hat jedoch der Richter erster Instanz in dieser Thatsache nicht die Ausübung der Jagd finden wollen, weil unter dieser nur die Verfolgung und das Erlegen eines bis dahin lebenden Wildes zu verstehen sei. Und dieses Erkenntniß ist von dem Appellations-Richter bestätigt, in Betracht, daß in der Anklage nicht einmal behauptet worden, daß das von den Angeklagten fortgenommene Reh angeschossen und in Folge dessen verwundet gewesen, ein nicht angeschossenes todtes Reh aber nicht Gegenstand einer Jagddefraudation sein könne. Der Staats-Anwaltschaft ward daher nur die Anklage auf Unterschlagung vorbehalten.

Gegen diese Entscheidung legte die Staats-Anwaltschaft die Richtigkeits-Beschwerde ein und mit Erfolg. Der Straf-Senat des Ober-Tribunals, Abtheilung I., hat unter dem 27. Juni 1856

in Erwägung, daß nach der thatsächlichen Feststellung der vorigen Richter die Angeklagten ein in der königlichen

Forst aufgefundenes todtes Reh in ihre Wohnung geschafft, dort zerlegt und verzehrt haben;

daß das Jagdrecht in der Befugniß besteht, mit Ausschließung Anderer wilde jagdbare Thiere aufzusuchen und sich zuzueignen, — A. L. R. Thl. II. Tit. 16. §. 30. — dieselben zu schießen, zu hetzen, zu beizen, zu fangen, oder auf andere Art sich zuzueignen — A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §. 127. —

daß ein Reh unzweifelhaft zu den jagdbaren Thieren gehört, und daher die Angeklagten, indem sie sich das in der königlichen Forst aufgefundene Reh zueigneten, allerdings unbefugt das Jagdrecht ausübten, wobei es ganz gleichgültig ist, ob das Reh noch lebte oder todt war, sowie, ob es angeschossen und in Folge dessen oder aus irgend einem anderen Grunde verendet war;

daß hiernach §. 274. des Str. G. B. vom Appellations-Richter durch Nichtanwendung verletzt ist und das angefochtene Erkenntniß mithin, in Gemäßheit des Art. 197. Nr. 1. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 der Vernichtung unterliegt;

daß in der Sache selbst das erste, die Angeklagten freisprechende Erkenntniß abzuändern, und jeder von ihnen wegen unbefugter Ausübung des Jagdrechts auf fremdem Jagdreviere nach §. 274. des Str. G. B. mit einer Geldbuße von einem Thaler, im Unvermögensfalle mit einem Tage Gefängniß zu bestrafen war;

dahin erkannt:

daß das Erkenntniß des Criminal-Senats des Appellations-Gerichts zu Marienwerder vom 7. April 1856 zu vernichten und auf die Appellation der Staats-Anwaltschaft das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Marienwerder vom 15. Januar 1856 dahin abzuändern, daß die Ange-

klagten wegen unbefugter Ausübung der Jagd jeder mit einer Geldbuße von einem Thaler, im Unvermögensfalle mit einem Tage Gefängniß zu bestrafen.

№ 31.

Bekanntmachung des Audienz-Termins zweiter Instanz an den verhafteten Angeklagten nach erfolgter Bestellung eines Bevollmächtigten.

Der für die öffentliche mündliche Verhandlung in zweiter Instanz bestimmte Termin muß dem verhafteten Angeklagten auch dann bekannt gemacht werden, wenn dieser zu seiner Vertretung einen mit Vollmacht versehenen Vertheidiger bestellt hat und letzterer vorgeladen wird. Geschieht dies nicht, so wird ein wesentlicher Grundsatz des Verfahrens verletzt. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 198.
Verordnung vom 3. Januar 1849. §. 134.

Für das Strafverfahren zweiter Instanz bestimmt die Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 134., daß das Gericht zweiter Instanz zu dem zum mündlichen Verfahren bestimmten Termine den Angeklagten, sofern derselbe nicht verhaftet sei, vorzuladen habe.

Ist, — so wird dort weiter vorgeschrieben — der Angeklagte verhaftet, so kann er im Termine nur durch einen Vertheidiger vertreten werden, der ihm auf seinen Antrag von Amtswegen bestellt werden muß.

Auch dem nicht verhafteten Angeklagten steht frei, sich im Termine durch einen mit Vollmacht zu versehenden Vertheidiger vertreten zu lassen.

Daß dieser — nach Art. 23. Absatz 3. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 unverändert gebliebenen — Vorschrift Genüge geschehe, wenn zu dem Audienz-Termine zweiter Instanz, nachdem der nicht verhaftete Angeklagte zur Verhandlung zweiter Instanz einen Bevollmächtigten bestellt hat, nicht dieser Bevollmächtigte, sondern der Angeklagte selbst vorgeladen wird, ist von dem Ober-Tribunale in einem Erkenntnisse, welches auszugsweise im Justiz-Ministerial-Blatte 1851. S. 294. Nr. 2. mitgetheilt ist, angenommen worden. Eine ausdrückliche Bestimmung dahin zu treffen, daß in diesem Falle auch dem bestellten Bevollmächtigten von dem Termine wenigstens Nachricht zu geben sei, wurde bei Erlaß der Zusätze zu der Verordnung vom 3. Januar 1849, nach Inhalt des Commissions-Berichts der zweiten Kammer zu §. 134 a. a. O., nicht für nöthig erachtet.

Anderer Seits ist bezüglich auf diese Vorschrift in mehrfachen Entscheidungen des Ober-Tribunals angenommen, das derselben nicht genügt werde, wenn zu dem Audienz-Termine zweiter Instanz nur der Vertheidiger des nicht verhafteten Angeklagten oder der Letztere nur zu Händen des ihm auf seinen Antrag bestellten Vertheidigers vorgeladen werde, ferner, daß dem verhafteten Angeklagten, welchem auf seinen Antrag zur Verhandlung zweiter Instanz ein Vertheidiger bestellt wird, der Termin und die Person dieses Vertheidigers zeitig bekannt gemacht werden müsse; desgleichen, daß auch in dem Falle, daß der nicht verhaftete Angeklagte für die zweite Instanz einen mit Vollmacht versehenen Vertheidiger bestellt hat, die Vorladung des Letzteren allein nicht genüge, vielmehr auch die Vorladung des Angeklagten

erfolgen müsse*); wogegen in einer beiläufigen Bemerkung bei einer früheren Entscheidung vom 17. November 1853 die alleinige Vorladung des legitimirten Vertreters des Angeklagten zur Verhandlung zweiter Instanz für genügend erachtet worden war.

In der Untersuchung wider E. hatte nun die verhaftete Angeklagte bei Einlegung der Appellation einen Rechts-Anwalt zu ihrer Vertretung bei der Verhandlung in zweiter Instanz bestellt und mit Vollmacht versehen. Dieser war auch, unter Anheimgabe der Acteneinsicht, von dem Appellations-Richter zu dem Audienz-Termine vorgeladen und hatte diesen Termin wahrgenommen. Die Angeklagte selbst aber war zwar bei einer auf Anordnung des Appellations-Richters noch vor Ansetzung des Audienz-Termines zweiter Instanz erfolgten commissarischen Vernehmung eines Zeugen zugezogen, demnächst aber war ihr dieser Audienz-Termin nicht bekannt gemacht worden. Dies rügte die Angeklagte in der gegen das Appellations-Erkenntniß angebrachten Nichtigkeits-Beschwerde als Verletzung einer wesentlichen Vorschrift des Verfahrens.

Bei der Berathung über diese Beschwerde wurde zwar gegen diese der Unterschied zwischen einem bloßen Vertheidiger (Advocaten) und einem Vertreter (Procurator, vergl. Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 20 ff.) und der Unterschied zwischen einem von der Partei selbst erwählten und dem ihr von dem Gerichte bestellten, seiner Person nach erst ihr bekannt zu machenden Vertreter, sowie geltend zu machen ge-

*) Just.-Minist.-Bl. 1856 S. 42., Archiv für Preuß. Strafrecht Bd. 3. S. 679. 118. 119., Entsch. Bd. 30. S. 369—372., Just.-Min.-Bl. 1855 S. 200., Archiv für Preuß. Strafrecht Bd. 2. S. 678., Bd. 4. S. 4. 8. 222.



sucht, daß auch im Strafverfahren der zulässiger Weise bestellte Bevollmächtigte bei der Verhandlung der Sache an die Stelle des Machtgebers trete. Das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen Abthl. II. hat jedoch in dem Erkenntnisse v. 17. Januar 1856 die Beschwerde für begründet erachtet in Erwägung, daß zu den Grundprincipien, auf welchen das durch die Verordnung vom 3. Januar 1849 und das Gesetz vom 3. Mai 1852 geregelte Strafverfahren beruht, der Grundsatz gehört, daß vor dem erkennenden Richter ein mündliches Verfahren stattfinde, bei welchem der Angeklagte zu hören ist;

daß die Befugniß des Angeklagten sich vor dem erkennenden Richter Behufs des ihm von diesem zu gestattenden Gehörs persönlich zu gestellen, auch für die zweite Instanz die Regel bildet;

daß demzufolge auch der für die mündliche öffentliche Verhandlung in zweiter Instanz bestimmte Termin dem Angeklagten gehörig bekannt gemacht und zu demselben der nicht verhaftete Angeklagte vorgeladen werden muß (Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 134. Absatz 1.) und zwar auch dann persönlich, wenn derselbe für die zweite Instanz einen mit Vollmacht versehenen Vertheidiger bestellt hat;

daß zwar von jener Regel der zweite Absatz des §. 134. a. a. O. Rücksichts eines verhafteten Angeklagten die Ausnahme bestimmt hat, daß dieser im Audienztermine zweiter Instanz nur durch einen Vertheidiger vertreten werden kann, der auf seinen Antrag von Amtswegen bestellt werden muß,

daß aber diese Ausnahme — wie schon eine Vergleichung des §. 134. a. a. O. mit dem Gesetze vom 17. Juli 1846 §§. 82. und 83. (Ges. Samml. S. 282.) ergiebt —

nur äußeren Rücksichten auf den weiten Umfang der Appellations-Gerichtsbezirke und auf die Kosten des Verfahrens ihren Ursprung verdankt;

daß aus diesem Grunde und als Ausnahme von der Regel die gedachte Bestimmung der Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 134. Abs. 2. in der Beschränkung auszulegen und anzuwenden ist, daß sie das obige Grundprincip für die zweite Instanz Rücksichts eines verhafteten Angeklagten nicht völlig beseitigt;

daß auch die für die Civilprocedur geltenden civilrechtlichen Grundsätze über die Einheit der Person des Mandanten mit der des Mandatars sich für das — wenn auch auf dem Anklageprincipe beruhende — Strafverfahren nicht unbeschränkt anwenden lassen;

daß deshalb, wenn ein verhafteter Angeklagter schon bei Einlegung der Appellation zu seiner Vertretung in dem Audienz-Termine zweiter Instanz einen Vertheidiger bestellt und mit Vollmacht versehen hat, nicht nur dieser zu dem Termine vorgeladen, sondern auch außerdem dem Angeklagten selbst dieser Termin bekannt gemacht werden muß, um ihn in den Stand zu setzen, jenem dazu die ihm etwa noch erforderlich erscheinende Information zu ertheilen;

daß — abgesehen auch davon, daß dem von der Angeklagten bei der Einlegung der Appellation erwählten und mit Vollmacht versehenen Vertreter von der schon vor Ansetzung des Audienz-Termins zweiter Instanz dem Kreisgerichte zu W. committirten Vernehmung eines Zeugen nicht Nachricht gegeben und weder der Angeklagten selbst, noch bei der Vorladung jenes Bevollmächtigten diesem, der Vorschrift der Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 52. Abs. 2. und §. 136. Abs. 4., und des Gesetzes vom 3. Mai 1852 Art. 26. Abs. 2. gemäß, be-

kannt gemacht worden ist, ob und welche der Zeugen, deren Vernehmung in zweiter Instanz beantragt worden war, zu dem Audienztermine vor dem Appellations-Richter vorgeladen seien — zwar jener Vertreter zu dem Audienz-Termine zweiter Instanz, den 2. October 1855, vorgeladen, dies und der Termin aber der Angeklagten nicht bekannt gemacht worden ist;

daß hiernach ein wesentlicher Grundsatz des Verfahrens verletzt worden, deshalb das angefochtene Erkenntniß und das vor dem Appellations-Richter stattgehabte Verfahren zu vernichten sind, und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an diesen zurückzuweisen ist.

№ 32.

Thatsächliche Feststellung in Injurien-Sachen durch den Appellations-Richter.

Wenn in den im Wege des Civilprocesses verhandelten Injurien-Sachen von dem Appellations-Richter die Aussagen der in erster Instanz vernommenen Zeugen bei der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz nochmals verlesen und zur Debatte gestellt worden sind, so ist dies als eine Wiederholung der in erster Instanz stattgefundenen Beweisaufnahme anzusehen, auf Grund deren der Appellations-Richter für befugt zu halten ist, eine anderwei-

tige thatsächliche Feststellung vorzunehmen. Präj. des Senats für Strafsachen. Nr. 168.

Gesetz vom 3. Mai 1252 Art. 101. und 103.

In einer im Wege des Civil-Processes verhandelten Injurien-Sache hatte der erste Richter eine wörtliche Beleidigung als vorhanden angenommen und den Verklagten deshalb zur Strafe verurtheilt. Der Verklagte appellirte; neuer Beweis ward nicht angetreten, es wurden aber bei der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz die Aussagen der in erster Instanz vernommenen Zeugen nochmals vorgelesen und zur Debatte gestellt. In Folge dessen bestätigte das Appellations-Gericht zu Paderborn das erste Erkenntniß, indem es außer dem von dem ersten Richter in Betracht gezogenen Thatumstande, noch deren andere aufstellte, aus welchen die Absicht zu beleidigen zu folgern sei. Gegen diese Entscheidung ward die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt und Verletzung des §. 8. des Gesetzes vom 11. Mai 1850 und der Art. 101. und 103. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 behauptet. Durch Urtel des Ober-Tribunals, Senat für Strafsachen Abth. II., vom 11. October 1855 ist jedoch die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen,

in Erwägung, daß von dem Appellations-Richter bestimmt und ausdrücklich festgestellt worden, daß der Implorant bei der gegen den Imploraten gebrauchten Aeußerung: „Sie wuchern mit Ihren Buden" die Absicht, die Ehre des Imploraten zu kränken, gehabt habe;

daß die Vollständigkeit und Schlüssigkeit dieser thatsächlichen Feststellung von dem Imploranten nicht angefochten worden;

daß derselbe seine Nichtigkeits-Beschwerde vielmehr lediglich darauf gegründet hat, daß dem Appellations-Richter bei jener Feststellung eine unzulässige Abweichung von

der thatsächlichen Feststellung des ersten Richters zur Last falle, und daß deshalb von ihm gegen die Vorschriften des §. 8. des Gesetzes vom 11. Mai 1850 und der Art. 101. und 103. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 verstoßen worden

daß ein solcher Verstoß aber nicht vorliegt,

daß der Appellations-Richter seine neue thatsächliche Feststellung ausdrücklich auf Grund der in zweiter Instanz nochmals verlesenen und zur Debatte gestellten Zeugen-Aussagen vorgenommen hat;

daß in dieser nochmaligen Verlesung der Zeugen-Aussagen eine in Gemäßheit der Bestimmungen des Art. 101. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 erfolgte Wiederholung der in erster Instanz stattgefundenen Beweisaufnahme gefunden werden muß, weil die Vorschrift des §. 14. der Verordnung vom 3. Januar 1849, wonach der Beweis von dem erkennenden Richter zu erheben ist, auf die im Wege des Civil-Processes verhandelten Injurien-Sachen keine Anwendung findet, in diesen Injurien-Processen vielmehr hinsichtlich der Beweisaufnahme lediglich die Vorschriften der §§. 33 ff. 53. der Verordnung vom 1. Juni 1833 maaßgebend sind;

daß hieraus für die ebengedachten Processe von selbst folgt, daß so, wie bei der mündlichen Verhandlung in erster Instanz die Vorlesung der Verhandlungen, welche über die Zeugen-Vernehmung und die sonstige Beweiserhebung commissarisch aufgenommen worden sind, die Beweisaufnahme bildet, aus welcher der erkennende Richter seine Ueberzeugung von der Schuld oder Nichtschuld des Verklagten in Gemäßheit des §. 6. des Gesetzes vom 11. März 1820 zu schöpfen hat, eine Wiederholung dieser Beweisaufnahme bei der mündlichen Verhandlung in zwei-

ter Instanz darin angetroffen werden muß, wenn bei der Letzteren jene die Zeugen-Vernehmung und sonstige Beweis-erhebung enthaltenden commissarischen Verhandlungen nochmals verlesen, und zur Debatte gestellt worden sind;

daß daher der Appellations-Richter, wenn derselbe, so wie geschehen, näher festgestellt hat, nicht allein, daß die in Rede stehende Aeußerung schon an sich ehrverletzend sei, sondern auch, daß nach der Form und den Umständen unter denen dieselbe erfolgt sei, die Absicht des Imploranten, den Imploraten zu kränken, als vorhanden und feststehend angenommen werden müsse, zu dieser thatsächlichen Feststellung in Folge jener Wiederholung der Beweisaufnahme unbedenklich völlig befugt war;

daß sich mithin deren Zulässigkeit nicht in Zweifel ziehen und dem Appellations-Richter sich nicht der Vorwurf einer unstatthaften Abweichung von der thatsächlichen Feststellung des ersten Richters und einer ihm demgemäß zur Last fallenden Verletzung der oben allegirten Gesetze machen läßt;

in Erwägung, daß jene Feststellung unter besonderer Berücksichtigung und Anwendung des §. 154. des Str. G. B. erfolgt ist:

daß deshalb eine Verletzung dieses Paragraphen so wenig stattgefunden hat, als von einer Verletzung des ganz richtig auf den durch jene Feststellungen gegebenen Thatbestand zur Anwendung gebrachten §. 343. des Str. G. B. die Rede sein kann;

daß hiernach die eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde sich als unbegründet darstellt.

№ 33.

Anbringung neuer Thatsachen und Beweismittel in zweiter Instanz des Untersuchungs-Verfahrens nach Ablauf der Frist.

Der in dem Präj. Nr. 77. aufgestellte Grundsatz, dahin lautend:

Ergiebt sich im Falle des alinea 2. des Art. 104. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 aus dem Erkenntniß der zweiten Instanz, daß der Appellations-Richter sich seiner Befugniß, die nach §. 129. der Verordnung vom 3. Januar 1849 verspätete Appellations-Schrift noch zuzulassen nicht bewußt war und demzufolge die Würdigung der Frage der Zulassung ganz unterlassen hat, so liegt eine Verletzung des Art. 104. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 wegen Nichtanwendung vor, und das Erkenntniß ist nichtig;

findet auch dann Anwendung, wenn neue Thatsachen oder Beweismittel erst in dem Audienz-Termine vor dem Appellations-Richter vorgebracht werden. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 199.

Gesetz vom 3. Mai 1852. Art. 104.

Der Kaufmann P. zu R. ist durch das Urtheil des Kreisgerichts daselbst vom 22. October 1855 wegen wiederholter Hehlerei mit Strafe belegt worden. P. appellirte und führte in dem von dem zweiten Richter zur Verhand-

lung der Sache anstehenden Termine mehrere neue Thatsachen und Beweismittel zur Wiederlegung der thatsächlichen Feststellung des ersten Richters an. Der Appellations-Richter stellte jedoch in seinem am 3. Januar 1856 ergangenen Erkenntnisse den Grundsatz auf, daß auf die von dem Angeklagten im Audienz-Termine vorgebrachten Thatsachen und Beweise keine Rücksicht mehr genommen werden könne. Er rechtfertigt dies damit, daß der Art. 29. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 auf die zweite Instanz keine Anwendung finde. Hier verordne der §. 129. der Verordnung vom 3. Januar 1849, daß die Anführung neuer Thatsachen oder Beweismittel innerhalb der auf den Tag der Anmeldung der Appellation nachfolgenden 10 Tage geschehen müsse, welcher letztere Ausdruck, wenn er anders von Bedeutung sein solle, nur dahin ausgelegt werden könne, daß später angebrachte Thatsachen nicht mehr berücksichtigt werden könnten.

Diese Strenge sei nun zwar durch den Art. 104. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 dahin gemildert worden, daß das Appellations-Gericht aus besonderen Gründen die Appellations-Schrift auch noch nach Ablauf der Frist zulassen könne. Damit aber diese Prüfung möglich sei, müsse eine Appellations-Rechtfertigungs-Schrift wirklich eingereicht sein. Eine Befugniß aber, im Audienz-Termine noch angebrachte Thatsachen oder Beweismittel zu berücksichtigen, sei dem Appellations-Richter durch das Gesetz nicht ertheilt worden.

Gegen diese Entscheidung legte der Angeklagte die Nichtigkeits-Beschwerde ein, und dies mit Erfolg. Durch Urtel des Ober-Tribunals, Senats für Strafsachen Abth. I., vom 14. März 1856 ist

in Erwägung, daß der Zweck der Strafgerechtigkeitspflege, welcher darin besteht, daß der Schuldige bestraft und der unschuldig Verfolgte freigesprochen werde, auf dem öffent-

lichen Interesse beruht, und daher von der Staatsanwaltschaft, wie von dem Richter, zu verfolgen ist;

daß darauf die Vorschrift des Art. 29. wie jene des Art. 104. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 alinea 2. gegründet ist, und der Unterschied zwischen diesen Vorschriften nur darin besteht, daß nach jenem Artikel kein erheblicher Umstand und kein Beweismittel, aus dem Grunde bloß, weil dem Angeklagten oder der Staats-Anwaltschaft davon nicht vor der Verhandlung Kenntniß gegeben sei, unberücksichtigt bleiben darf; während es nach dem zuletzt bezogenen Artikel in das freie Ermessen des Appellations-Richters gestellt ist, auch die erst nach Ablauf der zur Appellations-Rechtfertigung bestimmten Frist vorgebrachten neuen Vertheidigungs-Momente, wenn sie bloß thatsächlicher Natur sind, noch zu berücksichtigen;

daß zwar der Grund für diese Unterscheidung darin liegt, daß der Regel nach die Entscheidung zweiter Instanz auf der Grundlage der in erster Instanz stattgehabten thatsächlichen Feststellung erfolgen und im Allgemeinen auch das Recht, neue Thatsachen und Beweise vorzubringen, an die Innehaltung der zur Rechtfertigung vorgeschriebenen Frist gebunden sein soll;

daß aber gerade, um die Ermittelung des materiellen Rechts nicht zu behindern, dem Appellations-Richter die Befugniß eingeräumt worden ist, die Appellations-Schrift, mithin auch das darin enthaltene neue thatsächliche Vorbringen, auch noch nach Ablauf der Fristen aus besonderen Gründen zugelassen, wie diese Befugniß denn auch durch den Umstand geboten wurde, daß der Appellations-Richter nach Ermessen zur Wiederholung der Beweisauf-

nahme ermächtigt worden ist, (Art. 101. des Gesetzes vom 3. Mai 1852);

daß hieraus folgt, daß der Appellations-Richter, wenn es sich um die Anwendung des Art. 104. a. a. O. handelt, nur auf die Frage hingewiesen ist, ob die Voraussetzungen vorhanden seien, von der ihm darin verstatteten Befugniß Gebrauch zu machen, daß aber die andere Frage, ob überhaupt noch eine Beurtheilung der Umstände des Falles eintreten solle, in sein Ermessen keinesweges gestellt ist, daß er daher auch das erst nach Ablauf der Fristen geltend gemachte neue Vorbringen jedenfalls prüfen muß und dasselbe aus dem Grunde nicht zurückweisen darf, daß wegen Verspätung eine Prüfung rechtlich nicht mehr zulässig sei;

daß zwar allerdings auch der bezogene Art. 104. alinea 2. nur von der Zulassung der Appellations-Schrift resp. der Gegenschrift spricht; daß aber der Grund des Gesetzes auch rücksichtlich der erst im Audienz-Termine nachträglich aufgestellten neuen Thatsachen und Beweise vollkommen zutrifft, und namentlich nicht abzusehen ist, weshalb, wenn doch einmal aus materiellen Gründen der Ablauf der Fristen nicht entscheidend sein soll, das Gewicht gerade auf eine Appellations-Schrift gelegt werden müsse;

daß vielmehr, und da das Rechtsmittel der Appellation überhaupt von der Einreichung einer Rechtfertigungs-Schrift nicht abhängig gemacht ist (Art. 105. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 und §. 136. der Verordnung vom 3. Januar 1849) und das letzte Stadium, worin der Angeklagte mit seinen Beschwerden gehört werden soll, der Audienz-Termin bildet, auch von dem hier erst erfolgten neuen Vorbringen dasselbe gelten muß, was in

Bezug auf die verspätete Einreichung der Appellations-Schrift Rechtens ist;

in Erwägung, daß daher der Appellations-Richter, indem er vorliegend eine Prüfung der von dem Angeklagten nach Ablauf der Fristen zur Appellations-Rechtfertigung zu seiner Vertheidigung im Audienz-Termine erst aufgestellten neuen Thatsachen und Beweise aus dem Grunde für unzulässig erachtet hat, weil ihm unter diesen Umständen diese Prüfung nicht mehr rechtlich zugestanden habe, den Art. 104. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 durch unrichtige Auslegung und Nichtanwendung verletzt, und dadurch die Vertheidigung nach Art. 108. Nr. 5. dieses Gesetzes wesentlich beschränkt hat;

daß demnach die desfalls erhobene Beschwerde begründet, und zufolge Art. 117. a. a. O. die Sache in die Instanz zurückzuweisen ist,

dahin erkannt,

daß das Erkenntniß des Criminal-Senats des Appellations-Gerichts zu Königsberg vom 3. Januar 1856, nebst dem demselben vorangegangenen Verfahren zu vernichten, und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die vorige Instanz zurückzuweisen.

№ 34.

Heimfallsrecht.

Fand bei den hofhörigen Gütern im vormaligen Fürstenthum Münster ein Heimfallsrecht statt?

Gesetz über die den Grundbesitz betreffenden Verhältnisse in

den vormals französischen Departements, vom 21. April 1825, §§. 23. 34. Ges.-Samml. S. 112.
Das Recht des Hofes zu Loen, §§. 32. 64. 89.

Das J. Colonat im Kirchspiel Wesecke, im vormaligen Fürstenthum Münster, war sonst hofhörig zur Fürstlich Salm-Salmschen Rentkammer. Besitzer waren die in provinzieller Gütergemeinschaft lebenden Eheleute Johann, Herrmann Schulze J. Die Ehefrau starb im Jahre 1832, der Ehemann im Jahre 1839. Sie hinterließen vier Kinder, darunter zwei Söhne, von denen der älteste unverehelicht mit Tode abging, nachdem er die ihm auf das Colonat zustehenden Rechte seinem Bruder abgetreten hatte. Dieser wurde, nachdem seine jüngste Schwester gestorben war, gegen deren hinterlassenen Ehemann und deren Tochter, auf Anerkennung seines Alleineigenthums an dem Colonate und an dem Inventar, mit dem Antrage klagbar: zu erkennen,

daß den Verklagten kein Successions-Recht und kein Miteigenthum an dem Colonate J. nebst Zubehör und an dem darauf beim Tode des Vaters des Klägers, am 6. August 1839, befindlich gewesenen Vieh- und Feld-Inventar zustehe, daß daher die Verklagten zu erleiden hätten, daß der Besitztitel von jenem Colonat, mit Vorbehalt des Rechts auf eine nach den Kräften der Stätte und des Peculii in separato näher zu ermittelnde Abfindung, für und auf den alleinigen Namen des Klägers im Hypothekenbuche berichtigt und umschrieben werde.

Der Kläger behauptete, das J. Colonat sei, als hofhöriges, auch heimfallspflichtig gewesen. Hierfür spreche das Hofesrecht des Hofes zu Loen und auch die Ansicht bewährter Rechts-Lehrer. Die Succession in heimfallspflichtige Güter

werde, in Gemäßheit des Gesetzes vom 21. April 1825 (Nr. 940.) §. 23. und der Declaration vom 24. November 1833 nach den vor Einführung der fremden Gesetze in Geltung gewesenen Grundsätzen bestimmt. Nach den maaßgebenden Hofesrollen gehe der älteste Sohn den übrigen Kindern vor; das Vorrecht des ältesten Bruders sei ihm übertragen. Außerdem glaubte der Kläger das Vorrecht eventuell auch aus dem bäuerlichen Erbfolgegesetz vom 13. Juli 1836 herleiten zu können.

Die Verklagten beantragten die Abweisung der Klage. Das Gesetz vom 13. Juli 1836 hielten sie für nicht anwendbar, weil bereits im Jahre 1832 mit dem Tode der Ehefrau J. die ideelle Hälfte des Colonats auf die Kinder vererbt sei. Der Anwendbarkeit der alten Successions-Ordnung widersprachen sie ebenfalls, indem sie die Heimfallspflicht der hofhörigen Güter überhaupt bestritten und behaupteten, daß für das J. Colonat der Heimfall, wenn er bestanden habe, bereits im Jahre 1810, durch einen, von dem Vater des Klägers mit der fürstlichen Hofkammer abgeschlossenen Redimirungs-Vertrag, aufgehoben worden sei. Der Kläger fand dagegen in diesem Vertrage zunächst den Nachweis der Heimfallspflichtigkeit des Colonats, deren Aufhebung darin aber nicht ausgedrückt.

Das Kreisgericht zu Borken erkannte in Betreff des Colonats nach den Anträgen des Klägers, wies ihn aber mit dem auf das Vieh- und Feld-Inventar bezüglichen Antrage ab.

Gegen diese Entscheidung appellirten beide Theile, Kläger wegen der Abweisung in Betreff des Vieh- und Feld-Inventars; die Verklagten, weil die Klage nicht völlig abgewiesen sei. Letztere stellten jetzt noch die Rechtsansicht auf, daß für hofhörige Colonate die früheren Vererbungsgrund-

sätze nicht wiederhergestellt seien, weil der §. 34. des Gesetzes vom 21. April 1825 den Bestimmungen des §. 23. nur in sofern auf hofhörige Güter Anwendung verleihe, als derselbe über Reallasten Vorschriften enthalte.

Durch Urtel vom 13. October 1855 bestätigte das Appellations-Gericht zu Münster auf die Appellation des Klägers das erste Erkenntniß, änderte dasselbe dagegen auf die Appellation der Verklagten dahin ab, daß es den Kläger mit seinen Klageanträgen gänzlich abwies. Diese Abweisung wurde lediglich darauf gegründet, daß im vorliegenden Fall durch den Vertrag vom 1. December 1810 zur Genüge bewiesen sei, daß bei dem hofhörigen Gute J. kein Heimfallsrecht bestanden habe. Durch diesen Vertrag seien die unständigen Rechte, als Gewinn und was sonst dahin gehöre, abgelöset, ohne daß des Heimfalls dabei erwähnt werde. Vielmehr sei im §. 10. stipulirt, daß wenn der Letztlebende von Geblüt über den Hof unter Lebendigen oder von Todeswegen disponiren sollte, der neue Aufkömmling pro laudemio 2000 Thlr. zahlen sollte. Da ein solches unbedingtes Dispositions-Recht des letzten Besitzers vom Geblüt mit einem bestehenden Heimfallsrechte unverträglich sei, so sei es evident, daß die Transigenten von der Voraussetzung ausgegangen wären und vertragsmäßig anerkannt hätten, daß der J. Hof dem Heimfalle nicht unterworfen sei. Der Anspruch auf das Vieh- und Feld-Inventarium würde übrigens, selbst wenn das Successions-Recht in das Colonat anzuerkennen wäre, dennoch zu verwerfen gewesen sein, weil nach der früheren bäuerlichen Verfassung nur das nackte Grundstück Object des Successions-Recht gewesen, das Peculium aber dem Hofesherren zugefallen sei, sofern der Anerbe solches nicht durch Zahlung des Sterbefalls an sich gebracht habe.

Der Kläger erhob, unter Wiederholung seiner Klageanträge, gegen dieses Urtel, so weit es das erste Erkenntniß abgeändert, die Revision, so weit es dasselbe bestätigt hatte, die Nichtigkeits-Beschwerde. Der erste Senat des Ober-Tribunals hat am 16. Juni 1856, auf die Revision des Klägers, das Urtel erster Instanz wiederhergestellt, und auf die, ebenfalls als Revision zu behandelnde, Nichtigkeits-Beschwerde das Appellations-Erkenntniß bestätigt.

Gründe.

Der Klageantrag — Zuerkennung des Alleineigenthums an dem J. Colonate nebst Pertinenzien — ist gestützt auf das Gesetz vom 21. April 1825 Nr. 940. nebst den in diesem Gesetze bedingt wiederhergestellten alten Successions-Grundsätzen, und auf das bäuerliche Erbfolgegesetz vom 13. Juli 1836.

Die Voraussetzungen des ersten Gesetzes liegen vor. Dasselbe verordnet im §. 23. Absatz 3.:

das Heimfallsrecht dauert in allen Fällen, in welchen es vor Bekanntmachung der fremden Gesetze bestand, auch fernerhin fort. So lange ein solches Heimfallsrecht unabgelöset besteht, wird das demselben unterworfene Grundstück nach denjenigen Grundsätzen vererbt, welche daselbst vor Einführung der fremden Gesetze bestanden.

Allerdings ist diese Bestimmung zunächst nur gegeben für die dem zweiten Titel des Gesetzes, „von den gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnissen" unterliegenden Güter, während das J. Colonat als ein unbestritten hofhöriges Gut nach §. 33. des Gesetzes zu denjenigen erblichen Besitzrechten gehört, welche mit keinem gutsherrlichen Verhältnisse in Verbindung stehen. Indeß ist die Anwendbarkeit jener Bestimmung auch auf die Besitzrechte der letzteren Art nicht zu bezweifeln. Die gegentheilige Ansicht, wie sie von den Verklagten in

der Appellations-Instanz aufgestellt ist, verkennt, daß das Gesetz die Wiederherstellung der alten Successions-Grundsätze lediglich von der Existenz des Heimfallsrechts abhängig macht, sie aber mit dessen Existenz auch stets eintreten läßt.

Nach §. 34. sollen die Vorschriften des §. 5. Nr. 4. in Verbindung mit §. 6. 23. 25—30. über die den Grundstücken in einem gutsherrlichen Verhältnisse obliegenden Reallasten auch auf alle Reallasten außer einem gutsherrlichen Verhältnisse angewendet werden. Daß zu diesen Reallasten der Heimfall gehöre, verkennen auch die Verklagten nicht. Sollen aber die Bestimmungen des §. 23. über den Heimfall bei Gütern in gutsherrlichen Verhältnissen auf den Heimfall überhaupt, auch der hofhörigen Güter, übertragen werden, so versteht sich von selbst die Uebertragung in dem Umfange und mit den Folgen, wie sie der §. 23. aufstellt, also mit der gesetzlichen Folge der Wiederherstellung der alten Successions-Grundsätze.

Die Rechtsansicht der Verklagten setzt voraus eine Trennung in Bestimmungen über den Heimfall und in den Bestimmungen über die Successions-Grundsätze, für welche der Wortausdruck der §§. 34. und 23. des Gesetzes keinen Raum giebt. Die bedingte Wiederherstellung der früheren Successions-Grundsätze erstreckt sich hiernach auch auf hofhörige Colonate; die Anwendung derselben auf das J. Colonat mußte sich ergeben bei Bejahung der Frage, ob die Bedingung des Gesetzes, der Heimfall, als vorhanden anzunehmen sei?

Beide Parteien haben mehrfach auf einen Vertrag Bezug genommen, den der damalige Hofesbesitzer (des Klägers Vater) am 1. December 1810 mit der Hofesherrschaft eingegangen war; der Kläger zum Nachweise der Existenz, die Verklagten zum Nachweise der Ablösung der Heimfallspflicht;

und auch der Appellations-Richter hat allein auf die Bestimmung des §. 10. dieses Vertrages, die seiner abweisenden Entscheidung zum Grunde liegende Feststellung der Nichtexistenz einer Heimfallspflicht gestützt. Dieser Vertrag steht jedoch dem Anspruche des Klägers keineswegs entgegen. Der Vertrag bezweckt nach der Einleitung die Umwandlung der bisher unständigen Hofhörigkeits-Abgaben und deren feste Bestimmung für alle künftige derartige Fälle. Nachdem in den §§. 1. und 2. die ständig gewesenen Lasten und Dienste aufgeführt sind, werden in den §§. 2. und 3. den bisher zu unbestimmten Zeiten fällig gewesenen Gebühren bei Versterb, Gewinn ꝛc. jährliche Geldabgaben unterstellt, sodann im §. 4. die bei eintretenden Mutationsfällen je nach Art derselben verschiedene Recognitions-Gelder festgestellt. Die §§. 5—8. ordnen die Holznutzung. Im §. 9. wird der Hofesherrschaft eine stillschweigende Hypothek eingeräumt und dem Hofesbesitzer die Befugniß zur Verpfändung beschränkt, und zur Veräußerung von Pertinenzien versagt. Demnächst verordnen die §§. 10 u. ff.:

§. 10. Auf den Fall, daß das vom gegenwärtigen Wehrfester J. aus legitimirter Ehe abstammende Geblüt ganz aussterben oder eingehen — und dies Erbe durch Verkauf, Tausch, Schenkung oder sonstige letzte Willens-Disposition an einen anderen Freund kommen sollte, gehet er, J. für sich und seine rechtmäßige Nachfolger die bündigste Condition ein, daß der solchergestalt erscheinende Auffolger bei dem Antritte und Uebernahme des Erbe zweitausend Reichtsthaler Münstrisch ohnweigerlich pro laudemio bezahlen müsse, oder die höchste Hofherrschaft solle im Weigerungsfalle befugt sein, Sich durch Angreifen und Veräußern des Holzes auch sonstiger

Pertinenzien auf Kosten des sodannigen Auffolgers selbsten bezahlt zu machen, gleichwie

§. 11. Uebrigens es sich von selbst versteht, daß alle bisher ständig gewesene, so wie die jetzo neuerlich bestimmte Redimirungs-Abgaben, so auf dem Erbe J. haften, daß solche als inhärirend anzusehen — und von jedem Auffolger zu ewigen Tagen ohne alle Einrede bestritten werden müssen, weshalb das ganze Erbe vorzüglich cum nexu hypothecae der Hofherrschaft verhaftet ist und bleibt. Endlich

§. 12. Soll des gegenwärtigen Redimirungs-Contractes ohnangesehen, das Erbe J. und dessen Unterhaber nichtsdestoweniger immerfort mit Kameral-Hofhörigkeit verhaftet und in solchem Verhältnisse gegen die höchste Herrschaft ohne alle Einrede verbleiben.

Der Eingangs erwähnte Zweck der Contrahenten — Feststellung der unständigen Lasten — verbietet den §. 10. über jenen Umfang hinaus von dem Heimfall zu interpretiren. Der Heimfall gehört nicht zu den Lasten in dem hier verstandenen Sinne, als Leistungen des Besitzers während seiner Besitzzeit, — er bildet vielmehr neben diesen Lasten auch eine Seite des Besitzverhältnisses, welches je nach der Bestimmung des §. 12. durch den Vertrag nicht berührt werden sollte. Der §. 10. enthält auch wenigstens nichts, was das Vorhandensein oder die Fortexistenz des Heimfalls ausschlösse. Im §. 4. sind die Recognitions-Gelder für jeden sich ereignenden Mutationsfall bestimmt; im §. 10. wird für den besonderen Fall, daß in Ermangelung der Descendenz vom Wehrfester J. das Erbe durch Verkauf ꝛc. oder letzte Willensordnung an einen andern Freund kommen sollte ein hohes Laudemium von 2000 Thlr. ausbedungen.

Im Art. 64. des unten näher zu erwähnenden Hofes-

rechts zu Loen ist von dem Fall die Rede, wo ein Hofesmann seinem Sohne sein Erbe übertragen hatte und dieser starb. Es war die Frage: ob das Erbe wieder an den Vater oder an den Erbherrn kommen sollte? „Darob," so heißt es, „gewyset vor recht, dat solde gekommen syn ahn den Erffherrn, sunder weret Saeke, dat dar erfe wore von den Frunden bis thom neggendem ledde, die das begarde, die mochten sick dar wedder ankopen."

Wenn nun hier in dem Vertrage von einer Zuwendung oder einem Verkauf an einen anderen Freund die Rede ist, so kann dadurch der Heimfall an den Erbherrn nicht für völlig ausgeschlossen erachtet werden. Auf jeden Fall blieb der Heimfall dann bestehen, wenn ein Aussterben ohne Disposition erfolgte. In dieser vertragsmäßigen Bestimmung ist also nichts enthalten, was zu der Annahme des vorigen Richters über die Nichtexistenz eines Heimfalles berechtigte, und eben so wenig kann darin mit dem Verklagten eine völlige Ablösung der Heimfallspflicht gefunden werden.

Die Heimfallspflicht der hofhörigen Colonate überhaupt ist allerdings sehr bestritten. Während Welter (das gutsherrlich-bäuerliche Verhältniß) Seite 70 ff. sich unbedingt für die Heimfallspflicht ausspricht, regt namentlich Schlüter (Prov. Recht I. S. 28 ff. und Neues Archiv Bd. III. S. 246.) mehrfache gegen den Heimfall sprechende Bedenken an, und hält Sommer dieselbe mit dem Hofhörigkeits-Verhältniß für unverträglich. (Neues Archiv Bd. II. S. 124.) Der Mangel eines Gesetzes über das Hofesrecht, auf dessen enge Grenzen die Frage zurückzuführen wäre, erfordert ein Zurückgehen auf die alten Hofesrollen, welche, wenn sie auch nur einzelne Entscheidungen streitig gewordener Fragen enthalten, doch einen Rückschluß gestatten auf

das der Entscheidung unterliegende Hofesrecht, wie dies bereits zu dem in den Entscheidungen Bd. 27. S. 236 ff. mitgetheilten Rechtsfall ausgeführt ist. Für das J. Colonat ist in dieser Beziehung die Loen'sche Hofesrolle maaßgebend. —

Versteht man nun unter dem Heimfall das auf einem früheren Eigenthume des Berechtigten, einer Verleihung des Grundstückes an den Colonen, beruhende Rückfallsrecht, das redire ad pristinum dominum, wie Wachter in seinem Glossarium sub voce: „Heim" den Heimfall erklärt, so ist allerdings in der Loen'schen Hofesrolle ein bestimmter Anhalt für ein auf solcher Grundlage beruhendes Recht nicht zu finden. Dagegen wird durch die Hofesrolle, namentlich Art. 32., 88. und 64., ein Recht des Hofesherren auf einen Anfall des Colonates im Aussterbefalle der besitzenden Familie beurkundet, ein Anfallsrecht, dessen Ursprung vielleicht auch auf einer früheren Verleihung, vielleicht aber auch nur auf einem im Laufe der Zeit stärker entwickelten Schutz-Verhältnisse beruhen mag. Die angezogenen Artikel lauten:

Art. 32. . . . wan die Schulte, de frouwe, die Kinder verstarwen binnen, so kumpt dat gudt tho have.

Art. 89. Item off twe Elude beede hoffhörig weren, sunder ervent verstorwen, ond dat guedt tho have vervallen were, wes dem erffherrn von den nhalaten schulden, welken buten consent des Ampts gemakt, schuldig sy tho betalen oder nit.

Der oben bereits angeführte Art. 64. beschränkt das Successions-Recht der Blutsverwandten in der Seitenlinie auf den neunten Grad. Dies genügt, um einen Heimfall im Sinne des §. 23. des Gesetzes vom 21. April 1825 dar-

zuthun. Mag auch der Ausdruck „Heimfall" ursprünglich nur die oben angegebene Bedeutung gehabt haben: im Laufe der Zeit hat sich die Rücksichtnahme auf die Entstehung verloren, und es ist als der Begriff nur stehen geblieben: das Recht auf den Anfall des Colonats an den Erbherrn, wenn die successionsfähigen Familienglieder gestorben sind. Daß aber namentlich das Gesetz vom 21. April 1825 nur diesen Begriff mit dem Ausdrucke „Heimfall" verbindet, ergeben die Worte: es dauert in allen Fällen, durch welche eben bestimmt wird, daß nur von der Thatsache des Rechts, nicht von dessen Entstehung die Fortdauer desselben abhängen solle. Und dieses Recht ist durch den Vertrag vom 1. December 1810 weder ausgeschlossen, noch völlig abgelöst. Dasselbe ist vielmehr mit den Bestimmungen dieses Vertrages sehr wohl zu vereinigen. Ist hiernach das J. Colonat als heimfallspflichtig anzusehen, und dieses Verhältniß durch den Vertrag vom Jahre 1810 nicht berührt worden, so ist die Anwendung der früheren Vererbungsgrundsätze auf das J. Colonat nicht zu bezweifeln. Nach dieser rechtfertigt sich der Klageanspruch in dem Umfange, wie solcher in dem Urtel erster Instanz dem Kläger zuerkannt worden ist.

Nach den meisten Hofesrechten, und namentlich nach dem Rechte des Hofes zu Loen, succedirte der älteste Sohn des Besitzers. Der Beweis dieses Satzes ist bereits zu dem in den Entscheidungen Bd. 27. S. 236. veröffentlichen Rechtsfall geführt, auf welche Ausführung hier zu verweisen ist. Mit dem Tode des Vaters im Jahre 1839 — mag man nur diesen, oder beide Eheleute als die Anerben ansehen — erwarb daher der ältere Bruder des Klägers das Successions-Recht in das Colonat. Die Veräußerungsfähigkeit dieses Rechts unterliegt keinem Bedenken. Auf

Grund der ihm geschehenen Uebertragung ist daher Kläger allerdings befugt, das Alleineigenthum des Colonats in Anspruch zu nehmen. Dagegen ist er mit Recht auch vom ersten Richter mit seinem Antrage: zu erkennen, daß dem Verklagten und dessen Tochter kein Successions-Recht und kein Miteigenthum an dem auf dem Colonate J. bei dem Tode des Colonen Johann Hermann Schulze J. befindlich gewesenen Vieh- und Feld-Inventar zustehe, abgewiesen worden. Das bäuerliche Erbfolgegesetz vom 13. Juli 1836 kommt hier bei einer heimfallspflichtigen Stätte überall nicht zur Anwendung. Der §. 23. des Gesetzes vom 21. April 1825 und die Declaration vom 24. November 1833 (Ges. Samml. S. 292.) haben aber nur verordnet, daß das dem Heimfallsrecht unterworfene Grundstück nach denjenigen Grundsätzen vererbt werden solle, welche vor Einführung der fremden Gesetze bestanden. Hiernach können nur die früheren Veerbungsgrundsätze sowohl dem Object, als den successionsberechtigten Personen nach, für wiederhergestellt erachtet werden.

Wenn daher, wie von den Vorderrichtern in Uebereinstimmung mit Welter a. a. O. §. 131. und Schlüter im neuen Archiv Bd. III. S. 268. bezeugt wird, nach der früheren bäuerlichen Verfassung nur das Grundstück, nicht aber das Peculium, einschließlich des Vieh- und Feld-Inventariums, Gegenstand der besonderen bäuerlichen Erbfolge war, so kann auch darin, daß das A. L. R. Thl. I. Tit. 2. §. 42 ff. jenes Inventar als Pertinenzstück bezeichnet, kein Grund gefunden werden, die Singular-Succession darauf auszudehnen, eben weil darin nicht eine Anwendung der alten Vererbungsgrundsätze, sondern eine Abweichung von denselben zu finden wäre.

№ 35.

Verjährung des Gesindelohnes.

Verjähren die Ansprüche des Gesindes, auf Vergütigung der geleisteten Dienste, binnen vier Jahren auch dann, wenn über das zu zahlende Lohn keine bestimmte Abrede getroffen worden ist?

Gesetz vom 31. März 1838 §. 2. Nr. 3.

Die verehelichte K. zu S., welche eine Reihe von Jahren bei dem Bauer S. als Magd gedient hatte, ohne daß zwischen ihnen irgend eine Abrede über das ihr zu zahlende Lohn getroffen worden war, nahm nach dessen im Jahre 1853 erfolgten Tode die verehelichte Pächter L., als seine Tochter und Erbin, wegen Zahlung eines jährlichen Lohnes von 10 Thlr., dessen Angemessenheit sie durch Berufung auf das Gutachten des Schulzen R. unter Beweis stellte, für die letzten zehn Jahre bis zu dem Tode des S. in Anspruch.

Die Verklagte setzte ihr theils den Einwand der Verjährung, theils die Einrede der erhaltenen Befriedigung entgegen, und sie wurde auch durch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Pr. Stargard vom 13. Mai 1855 mit der erhobenen Klage lediglich abgewiesen, während das Appellations-Gericht zu Marienwerder die Verklagte mittelst Erkenntnisses vom 24. September 1855 zur Zahlung der geforderten . . . . 100 Thlr.
nach Abzug der . . . . 17 Thlr.
deren Empfang Klägerin in zweiter Instanz zugestanden hatte, im Restbetrage von. . . 83 Thlr.
verurtheilte.

Hierdurch fand Verklagte sich zur Einlegung der Nichtigkeits-Beschwerde veranlaßt und das angefochtene zweite Urtel ist denn auch durch die Entscheidung des vierten Senats des Ober-Tribunals vom 10. April 1856 vernichtet worden.

Gründe.

Der vorige Richter geht davon aus, daß die Klägerin zehn Jahre hindurch, bis zu dem im Jahre 1853 erfolgten Tode des Vaters und Erblassers der Verklagten, bei demselben als Magd gedient habe und er achtet die von ihr jährlich mit 10 Thlr. nach Abzug der bereits erhaltenen 17 Thlr. geforderte Entschädigung für angemessen, indem er den ihr auf Grund des §. 2. Nr. 5. der Verordnnng vom 31. März 1838 entgegengesetzten Einwand der Verjährung verwirft, weil jene Bestimmung sich nur auf das vertragsmäßig festgesetzte Lohn der darin erwähnten Personen, keinesweges aber auf eine, wie hier eingeklagte Entschädigung für die von ihnen geleisteten Dienste, worüber es aber an einer gegenseitigen Vereinbarung fehle, beziehe.

Die Implorantin macht deshalb dem Appellations-Richter eine Verletzung der gedachten Vorschrift zum Vorwurfe und diese Rüge ist denn auch für begründet zu erachten. Was dem Gesinde als Gegenleistung für seine Dienste, namentlich in baarem Gelde gewährt wird, oder zu gewähren ist, läßt sich, weil es sich dabei niemals um den Ersatz eines erlittenen Schadens handelt, überhaupt in keinem Falle als eine Entschädigung ansehen, sondern ist vielmehr in allen Fällen, gleich viel, ob darüber im Voraus eine bestimmte Abrede getroffen worden, oder ob eine dergleichen Vereinbarung nicht stattgefunden hat, als eine Vergütigung oder Belohnung für seine Mühe und Arbeit, die auch gesetzlich, ohne Anerkennung des von dem Appellations-

Richter gemachten Unterschiedes, in dem einen, wie in dem anderen Falle als Lohn bezeichnet wird, zu beachten.

Nachdem im §. 32. der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810 bestimmt worden, daß das Lohn- und Kostgeld oder die Beköstigung des städtischen und ländlichen Gesindes ohne Ausnahme von der freien Uebereinkunft beider Theile bei der Vermiethung abhänge, verordnet der §. 33. daß in Ermangelung einer solchen, von dem Dienstboten mit der Herrschaft getroffenen Abrede dasjenige, was einem Gesinde derselben Classe zur Zeit der Vermiethung an dem betreffenden Orte, der Regel nach, gegeben wurde, an Lohn und Kostgeld oder Beköstigung zu gewähren sei, und es kann mithin um so weniger bezweifelt werden, daß die Vorschrift des §. 2. Nr. 3. des Gesetzes vom 31. März 1838, wonach die Lohnforderungen der Dienstboten einer vierjährigen Präscription unterliegen, auch auf diejenige baare Vergütigung die sie an sich selbst ohne eine darüber stattgefundene vorgängige Vereinbarung zu verlangen berechtigt waren, bezogen werden muß. — Nach §. 5. Nr. 3. des Gesetzes nimmt die Verjährung aller unter 1. und 2. aufgeführten Forderungen, mit Ausschluß der Gebühren und Auslagen der im §. 2. Nr. 2. genannten Personen, sowie der in Processen und Untersuchungen vorkommenden Gerichtskosten-, Stempel- und Portogefälle, an dem auf den festgesetzten Zahlungstag folgenden letzten December, oder, wenn ein Zahlungstag nicht besonders festgesetzt worden, am letzten December des Jahres, in welchem die Forderung entstanden ist, ihren Anfang und es kann nun zwar in Ermangelung einer über das zu zahlende Lohn erfolgten Abrede von einem durch die Parteien festgesetzten Zahlungstage nicht die Rede sein, doch läßt sich nicht bezweifeln, daß auch in einem solchen Falle dem Dienstboten mindestens am Ende eines jeden

Dienstjahres ein verfolgbarer Anspruch auf Vergütigung der geleisteten Dienste an die Herrschaft zusteht und es tritt mithin von dieser Seite der Anwendbarkeit des §. 2. Nr. 3. der qu. Verordnung auf ein nicht im Voraus bestimmt bedungenes Lohn ebenfalls kein gegründetes Bedenken entgegen. Die hiermit im Widerspruch stehende Ansicht des Appellations-Richters enthält eine Verletzung jener Vorschrift und es mußte sonach das angefochtene Erkenntniß vernichtet werden.

In der Hauptsache aber ist der Klägerin ein vierjähriger Lohnrückstand, dessen Berichtigung für nicht erwiesen erachtet wurde, zugesprochen und es ist im Uebrigen ihr Anspruch als verjährt zurückgewiesen worden.

№ 36.

Erforderniß der schriftlichen Vollziehung des Gebots bei nothwendigen Subhastationen.

Ueber die Frage, ob das bei nothwendigen Subhastationen von Grundstücken abgegebene Gebot eines Bieters erst durch die schriftliche Vollziehung desselben, beziehungsweise durch Unterschrift des Licitations-Protocolls Seitens des Bieters, rechtsverbindlich für letzteren wird?

Auf den Antrag zweier Realgäubiger, namentlich des Grafen von S. H. war ein den F.'schen Eheleuten zu Münster gehöriges Grundstück zur nothwendigen Subhastation gestellt und durch das Zuschlags-Erkenntniß des Kreis-



gerichts zu Münster vom 29. December 1855 dem Grafen von S. H. für das von seinem Bevollmächtigten L. abgegebene Meistgebot von 2,700 Thlr. zugeschlagen worden. Von den Subhastaten ward dem Zuschlage deshalb widersprochen, weil — wie sich auch herausstellte — L. im Bietungs-Termine vom 17. September 1855 für seinen Mandanten ursprünglich ein höheres Gebot erklärt hatte, das jedoch noch vor der Unterschrift des Protocolls von dem L. zurückgenommen und auf seinen Antrag durch Correctur der Zahl von Seiten des Deputirten in das Mindergebot von 2,700 Thlr. umgeändert worden war, worauf es L. durch Unterschrift des Protocolls vollzog. Das adjudicirende Gericht hat den Widerspruch der Subhastaten unberücksichtigt gelassen. Dasselbe nahm mit Hinweisung auf die Vorschriften §. 341. Thl. I. Tit. 11. A. L. R., §. 131 ff. Tit. 5. ebendaselbst, §. 40. Tit. 22. Proceß-Ordnung und §. 2. der Verordnung vom 6. April 1839 über freiwillige Subhastationen an, daß nur das durch Unterschrift des Protocolls vollzogene Gebot eines Bieters für maaßgebend und rechtsverbindlich zu erachten sei, wenngleich vorher von dem Bieter mündlich, dem Deputirten gegenüber, ein höheres Gebot erklärt und zum Protocoll registrirt worden sei.

Die gegen diese Entscheidung von dem Subhastaten F. beziehungsweise von dem Curator des F.'schen Concurses eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem dritten Senate des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 23. April 1856 zurückgewiesen worden und zwar aus folgenden

Gründen.

Implorant greift die Annahme des adjudicirenden Gerichts als rechtsverletzend an. Derselbe erachtet schon die bloße Erklärung des Gebots zum Protocoll — auch ohne seine Unterschrift — für genügend und glaubt dies selbst

durch §. 2. der Verordnung vom 6. April 1839 über freiwillige Subhastationen bestätigt zu finden, die übrigens ganz mit Unrecht auf den vorliegenden Fall angewendet worden sei.

Die Beschwerde des Imploranten konnte nicht für begründet erachtet werden. Die Annahme des Vorderrichters, daß Gebote in nothwendiger Subhastation von Grundstücken, um rechtsverbindlich zu sein, von dem Bieter zum Protocoll erklärt und durch Unterschrift desselben vollzogen sein müssen, erscheint völlig gerechtfertigt. An sich sind zwar Willens-Erklärungen, bei denen die Erfordernisse der §§. 2. 3. 4. Tit. 4. Thl. I. des A. L. R. vorhanden sind, gültig und einer besonderen Form nur da bedürftig, wo das Gesetz die Beobachtung dieser Form zur Gültigkeit der Erklärung ausdrücklich erfordert. — Tit. 3. §. 40., Tit. 4. §§. 94. 95. a. a. O. — Für Verträge, deren Gegenstand sich über fünfzig Thaler beläuft, sowie für Willens-Erklärungen und Verträge, wodurch über das Eigenthum eines Grundstücks etwas verfügt wird, hat das Gesetz indessen die schriftliche Form als durchaus nothwendig vorgeschrieben. — §. 131. Tit. 5., §. 15 ff. Tit. 10. Thl. I. des A. L. R. — Dies gilt daher namentlich von Kaufverträgen über Immobilien, — §. 15. Tit. 11. a. a. O. — zu deren Perfection hiernach wesentlich auch die Unterschrift durch die Erklärenden gehört. Daß aber auch nothwendige Subhastationen, ihrem Grund-Character nach, nur als Kaufverträge anzusehen sind, ist ihrer Natur und Bestimmung nach eben so unzweifelhaft, als in den Gesetzen — §§. 340. 341. Tit. 11. a. a. O. — ausdrücklich anerkannt.

Die Entscheidung und Argumentation des Vorderrichters, der nur das durch Unterschrift des Licitations-Protocolls vom 17. September 1855 vollzogene Gebot des Adjudicatars für gültig und rechtsverbindlich erachtete und sei-

ner Adjudicatoria zu Grunde legte, steht daher mit der preußischen Gesetzgebung im Einklang. Dieselbe würde gerechtfertigt erscheinen, selbst wenn man in dem Licitations-Protocolle bei nothwendigen Subhastationen nur eine erst durch den Ausspruch des adjudicirenden Richters zum wirklichen, perfecten Contract zu erhebende Kaufpunctation erblicken könnte. Auch als solche bedurfte die Licitations-Verhandlung der schriftlichen Vollziehung von Seiten des Bieters. Daraus, daß der §. 40. Tit. 52. der Proceß-Ordnung, der sich nur über den Inhalt, nicht über den Zweck des Licitations-Protocolls verbreitet, von der Nothwendigkeit seiner Unterschrift und des darin gethanenen Meistgebots durch den Bieter nichts enthält, läßt sich kein Argument gegen die Richtigkeit des aus den allgemeinen Vorschriften über Verträge von selbst folgenden Grundsatzes herleiten. Ebensowenig daraus, daß überhaupt in dem Titel der Proceß-Ordnung vom Subhastations-Proceß, resp. der Verordnung vom 4. März 1834 nichts von der Nothwendigkeit der schriftlichen Erklärung des Bieters enthalten ist.

Die Nothwendigkeit der Unterschrift des Licitations-Protocolls Seitens dessen, der als Meistbietender gebunden sein soll, würde übrigens auch dann gerechtfertigt erscheinen, wenn man bei Beurtheilung seiner formalen Gültigkeit vorzugsweise den Character der Proceß-Verhandlung ins Auge faßte und hierauf die Bestimmungen — Einl. zur Proceß-Ordn. §. 42., Anh. zur Allgem. Ger. Ordn. §§. 68. 69 ff. — anwenden wollte.

Das Bedenken, daß das Gesetz — §§. 347. 348. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R., cfr. Art. 2. der Declaration vom 6. April 1839 über das Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeits-Beschwerde — den Mangel der Schriftlichkeit eines Gebots und seiner Vollziehung durch Unterschrift des

Licitations-Protocolls nicht unter den Mängeln wesentlicher Förmlichkeiten aufführt, wegen deren ein gerichtlich nothwendiger Verkauf widerrufen resp. als nichtig angefochten werden kann, ist grundlos, da die in nicht gehöriger Form erfolgte Vollziehung des Licitations-Protocolls unter die Bestimmung im §. 348. sub 4. ebenso unzweifelhaft zu subsumiren ist, als sonstige materielle Mängel in Betreff der Verfügungsfähigkeit der Contrahenten, des mutuus consensus ꝛc. darunter zu subsumiren sein würden.

Wenn ferner auch das Gesetz unter gewissen Voraussetzungen den fehlenden Consens der Realinteressenten in den Zuschlag an den Meistbietenden supplirt, insoweit daher von der schriftlichen Annahme des Gebots Seitens dieser Interessenten abstrahirt, §§. 12. 13. 14. der Verordnung vom 4. März 1834, so ist doch eine ähnliche Ausnahme von der als Regel erforderlichen schriftlichen Zustimmung beider Theile — des Käufers sowohl als des Verkäufers — in Betreff des Käufers resp. Meistbietenden nirgends erklärt, es daher Hinsichts seiner bei der Regel belassen, daß das Gebot, um rechtsverbindlich zu sein, zum Protocoll erklärt und durch dessen Unterschrift vollzogen sein muß.

№ 37.

Armenpflege; Verpflichtung dazu.

Der §. 1. Nr. 3. des Gesetzes vom 31. December 1842 über die Verpflichtung zur Armenpflege ist, im Zusammenhange mit §. 4. daselbst, dahin aufzufassen, daß diejenige Gemeinde als die actuell

verpflichtete betrachtet werden soll, wo der Verarmte, vom Hervortreten seiner Hülfsbedürftigkeit zurück, zuletzt seinen dreijährigen Aufenthalt gehabt hat, gleichviel ob er sich im Zeitpunkte des Eintritts seiner Hülfsbedürftigkeit in dieser Gemeinde wirklich noch aufhält oder nicht, wenn nur seit dem Verlassen derselben keine drei Jahre verflossen sind, oder ein Hülfsdomicil inzwischen an einem anderen Orte nicht neu begründet worden ist. Präj. des V. Civil-(Rheinischen) Senats Nr. 10.

Gesetz vom 31. December 1842 über die Verpflichtung zur Armenpflege. (Gesetz-Samml. von 1843 S. 8.) §. 1. Nr. 3. und §. 4.

Die gesetzlichen Bestimmungen, deren Auslegung zu dem vorstehenden, in den Entscheidungen Band 30. S. 478. bereits abgedruckten Präjudiz Veranlassung gegeben hat, lauten:

§. 1. des citirten Gesetzes:

Die Fürsorge für einen Armen hat, wenn dazu kein Anderer (Verwandter rc.) verpflichtet und vermögend ist, diejenige Gemeinde zu übernehmen, in welcher derselbe

1. als Mitglied ausdrücklich aufgenommen worden ist, oder
2. unter Beobachtung der Vorschriften des Gesetzes vom heutigen Tage über die Aufnahme neu anziehender Personen §. 8. einen Wohnsitz erworben, oder
3. nach erlangter Großjährigkeit während der

drei letzten Jahre vor dem Zeitpunkte, wo seine Hülfsbedürftigkeit hervortritt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat.

§. 4. Die durch die Vorschriften des §. 1. bestimmte Verpflichtung der Gemeinde erlischt, wenn der Verarmte nach erlangter Großjährigkeit seit drei Jahren aus der Gemeinde abwesend ist.

Im §. 9. ist sodann bestimmt, daß wenn kein örtlicher Armenverband vorhanden sei, welchem nach den §§. 1—7. die Fürsorge für den Verarmten obliege, diese Fürsorge eine Provinziallast sei, welche von den Landarmen-Verbänden getragen werden müsse.

In dem bei dem V. Civil- (Rheinischen) Senate des Ober-Tribunals zur Entscheidung gekommenen Falle, hatten die Instanzrichter angenommen, daß es zur Entstehung eines Hülfsdomicils im Sinne des §. 1. Nr. 3. a. a. O. nicht ausreiche, daß der Verarmte sich drei Jahre lang in einer Gemeinde aufgehalten habe; daß vielmehr außerdem erfordert werde, daß seine Hülfsbedürftigkeit während seines Aufenthaltes in dieser Gemeinde hervorgetreten sei.

Der Fall ist folgender:

Christine K. kam im September 1849 nach Gerresheim, Regierungs-Bezirk Düsseldorf. Sie war hülfsbedürftig und wurde auf Kosten der Gemeinde einstweilen verpflegt, bis sie im Sommer 1850 als geisteskrank in die Anstalt nach Siegburg gebracht worden ist. Einen Wohnsitz hatte sie in Gerresheim nicht erworben. Vom Jahre 1845 bis in das Jahr 1848 hatte sie sich in der Gemeinde Uebach bei ihrem daselbst wohnenden Bruder aufgehalten.

Zwischen der Gemeinde Gerresheim und der Gemeinde Uebach entstand demnächst Streit über die Frage, wem die

von der Armenverwaltung zu Gerresheim aufgewendeten Kosten im Betrage von 62 Thlrn., sowie die weitere Verpflegung der K. zur Last falle. Die Königliche Regierung entschied diese Frage durch ein Resolut gegen die Gemeinde Uebach, weil festgestellt sei, daß die K. drei Jahre, vom Februar 1845 bis Ende März 1848, ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Uebach bei ihrem Bruder gehabt, mithin daselbst nach §. 1. Nr. 3. des Gesetzes vom 31. December 1842 ein Hülfsdomicil erworben habe, welches auch nach §. 4. nicht habe erlöschen können, indem seit ihrem Abgange von Uebach bis zum Eintritt der Unterstützungs-Bedürftigkeit, keine drei Jahre verflossen gewesen seien.

Die Gemeinde Uebach ergriff gegen dieses Resolut den Recurs an das Landgericht in Düsseldorf, reclamirte von der Gemeinde Gerresheim die an dieselbe provisorisch gezahlten 62 Thlr., und zog zugleich den Landarmen-Verband des Regierungsbezirks Düsseldorf in den Proceß, unter der Behauptung, daß letzterer zur Verpflegung der K. gesetzlich verpflichtet sei. Die klagende Gemeinde bestritt bei Begründung ihrer dieserhalb gestellten Anträge die gegnerischer Seits behauptete Thatsache, daß die K. vom Februar 1845 bis März 1848 ihren Aufenthalt in Uebach gehabt habe, und machte überdies geltend, diese Thatsache sei auch überhaupt nicht von Erheblichkeit, indem das Hülfsdomicil des §. 1. Nr. 3. nicht durch bloßen dreijährigen Aufenthalt entstehe, sondern den ausdrücklichen Worten des Gesetzes zufolge, nur zu Lasten derjenigen Gemeinde begründet werde, in welcher der Verarmte, während der letzten drei Jahre von dem Zeitpunkte, wo die Hülfsbedürftigkeit hervortritt, seinen Aufenthalt gehabt habe; hiernach habe eine Verpflichtung der Gemeinde Uebach nur dann erwachsen können, wenn die K. nach dreijährigem Aufenthalte in Uebach

an diesem Orte selbst hülfsbedürftig geworden wäre, was nicht behauptet werde. Da nach diesem aber kein örtlicher Armenverband zur Fürsorge verpflichtet sei, so habe der verklagte Landarmen-Verband dieselbe zu übernehmen.

Das Landgericht adoptirte in seinem Erkenntnisse vom 4. Januar 1854 diese Auslegung des §. 1. Nr. 3., verurtheilte demzufolge die Gemeinde Gerresheim zur Rückzahlung der 62 Thlr. und erklärte den Landarmen-Verband für verbunden, die Verpflegung der K. zu übernehmen. Der Landarmen-Verband appellirte und suchte auszuführen, daß der ununterbrochene Aufenthalt von drei Jahren in einer Gemeinde für sich allein das Hülfsdomicil begründe. Er bemerkte, die Nr. 3. wolle lediglich den Gedanken ausdrücken, daß die Verpflichtung derjenigen Gemeinde obliege, in welcher der Verarmte zuletzt vor dem Eintritt der Hülfsbedürftigkeit drei Jahre hindurch seinen Aufenthalt gehabt habe. Trete man der Ansicht des ersten Richters bei, so könne die Vorschrift des §. 4. über das Erlöschen des nach §. 1. entstandenen Hülfsdomicils auf den Fall Nr. 3. keine Anwendung finden, obschon das Gesetz diese Anwendung augenscheinlich unterstelle.

Der Appellations-Gerichtshof zu Cöln hat jedoch in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem ersten Richter die Berufung durch sein Urtel vom 28. Juni 1854 verworfen.

Der Armenverband legte gegen dieses Urtel den Cassations-Recurs ein und stützte denselben auf Verletzung des §. 1. Nr. 3. und §. 4. des Gesetzes vom 31. December 1842, so wie auf falsche Anwendung des §. 9. desselben Gesetzes.

Der General-Staats-Anwalt, welcher sich in seinem Antrage für die Begründung des Recurses aussprach, bezog sich für die Richtigkeit der von dem Cassations-Kläger auf-

gestellten Ansicht zugleich auf die legislativen Materialien zu dem Gesetze über die Armenpflege. Er führte unter Anderm an:

Inhalts dieser Materialien sei der eine gewisse Zeit hindurch festgesetzte Aufenthalt dem förmlichen Domicil zur Seite gestellt worden, und namentlich auch in der Beziehung, daß so wenig wie das Verlassen des Domicils, auch das Verlassen des Aufenthaltsortes, das Aufhören der Unterstützungspflicht der betreffenden Gemeinde sogleich zur Folge haben solle.

Allerdings habe sich auch die Ansicht geltend gemacht, daß die durch Gewinnung der Mitgliedschaft in der Gemeinde, oder eines festen Wohnsitzes angeknüpfte Verbindung mit der Gemeinde doch eine viel engere und festere sei, als eine durch den bloßen Aufenthalt entstandene Verbindung. Mit Rücksicht hierauf sei denn auch unter den Fragen, welche in der betreffenden Abtheilung des Staatsraths, als zur Abstimmung im Plenum des Staatsraths geeignet, hervorgehoben worden seien, zu 7 und 8 auch die aufgenommen:

Soll die aus dem dreijährigen Aufenthalt hervorgehende Verpflichtung zur Fürsorge für einen Armen durch eine einjährige Abwesenheit erlöschen? und;

Soll die aus der Aufnahme in eine Gemeinde, oder aus dem aufgeschlagenen Wohnsitze hervorgehende Verpflichtung zur Fürsorge für einen Armen, ebenfalls durch einjährigen Aufenthalt erlöschen?

Im Plenum des Staatsraths sei darauf inhaltlich des Protocolls vom 27. April 1842 beschlossen, daß für die Entstehung der Verbindlichkeit zur Verpflegung eines Verarmten in Folge des Aufenthalts desselben in einer Gemeinde, und für die Erlöschung dieser Verbindlich-

keit eine gleichmäßige Frist vorzuschreiben und diese Frist auf drei Jahre zu bestimmen sei.

Dieser Beschluß liege nun aber augenscheinlich der Nr. 3. des §. 1. und dem §. 4. des Gesetzes zu Grunde und die Unhaltbarkeit der von den Instanzrichtern aufgestellten Ansicht gehe daraus von selbst hervor.

Das hierauf von dem V. Civil- (Rheinischen) Senate des Ober-Tribunals unterm 12. Juni 1855 ergangene Urtel lautet wie folgt:

In Erwägung, daß der Appellations-Richter in dem angegriffenen Urtel davon ausgeht, daß, wenn auch die verarmte K. ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Gemeinde Uebach während drei Jahre gehabt haben sollte, diese Gemeinde zur Fürsorge für dieselbe um deswillen nicht verpflichtet sei, weil die K. in dem Zeitpunkte, wo ihre Hülfsbedürftigkeit hervorgetreten, die Gemeinde Uebach bereits verlassen gehabt habe, ihre Hülfsbedürftigkeit vielmehr erst an dem neuen Aufenthaltsorte hervorgetreten sei, der §. 1. Nr. 3. des Gesetzes vom 31. December 1842 über die Verpflichtung zur Armenpflege aber seinem entscheidenden Wortlaute nach voraussetze, daß der Hülfsbedürftige an demjenigen Orte, wo er sich in dem *Augenblicke des Hervortretens seiner Hülfsbedürftigkeit* aufhalte, schon drei Jahre seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt habe;

in Erwägung, daß jedoch die Deutung, welche der Appellations-Richter dem §. 1. Nr. 3. des bezogenen Gesetzes gegeben hat, als die richtige nicht angesehen werden kann;

in Erwägung, daß wenn nämlich auch dieser Paragraph seinem Wortlaute nach und für sich allein genommen, die von dem Appellations-Richter adoptirte Auslegung

gestatten sollte, diese Auslegung jedoch offenbar mit dem §. 4. desselben Gesetzes, wie dies in dem angegriffenen Urtel selbst anerkannt wird, in Widerspruch treten und zu der Annahme nöthigen würde, daß dieser Paragraph auf das Alinea 3. des §. 1. keine Anwendung finden könne, obschon jener Paragraph alle drei im §. 1. vorgeschriebenen Fälle ohne Unterschied umfaßt;

daß, da ein solcher Widerspruch in einem und demselben Gesetze dem Gesetzgeber nicht beigemessen werden darf, es schon nach allgemeinen Auslegungs-Regeln geboten gewesen wäre, die Lösung der vermeintlichen Antinomie mit Hülfe der logischen Auslegung zu versuchen;

daß diese Lösung sich aber auch ohne Zwang von selbst darbietet;

daß nämlich im §. 1. des fraglichen Gesetzes die Entstehung, im §. 4. aber die Erlöschung des Hülfsdomicils bestimmt wird;

daß dasselbe entsteht: durch ausdrückliche Aufnahme, durch Begründung des Wohnsitzes mittelst Niederlassung, oder durch dreijährigen Aufenthalt in der Gemeinde;

daß dasselbe erlischt: durch dreijährige Abwesenheit aus der Gemeinde, und daß, da namentlich im §. 4. die Vorschriften des §. 1. ohne Einschränkung bezogen sind, angenommen werden muß, daß nach dem Willen des Gesetzgebers das durch dreijährigen Aufenthalt begründete Hülfsdomicil ebenfalls nur durch dreijährige Abwesenheit aus der früheren Aufenthalts-Gemeinde erlöschen solle;

daß der §. 4. natürlich die Begründung des Hülfsdomicils voraussetzt, daß dazu aber auch nach den klaren Worten des Gesetzes im Falle der Nr. 3. des §. 1. nur der gewöhnliche Aufenthalt während der Dauer von drei Jahren an einem bestimmten Orte gehört;

daß wenn keine Beschränkung in Bezug auf den Anfang der Zeitdauer gemacht wäre, offenbar diese Zeitdauer mit dem Anfange des Aufenthaltes beginnen, und mit dem Ablauf der drei Jahre vollendet sein würde;

daß eine solche Beschränkung nicht vorliegt;

daß zwar in §. 1. Nr. 3. der Zeitpunkt, wo die Hülfsbedürftigkeit hervortritt, in Bezug genommen ist, und zwar so, daß das Hülfsdomicil an dem Orte begründet sein solle, wo der Hülfsbedürftige während der drei letzten Jahre vor dem Zeitpunkte, wo seine Hülfsbedürftigkeit hervortritt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat;

daß hierin aber keineswegs, wie die Cassations-Verklagte vermeint, ein für die Begründung der Verpflichtung maaßgebender terminus gefunden werden kann, weil hier die Begründung des Hülfsdomicils durch dreijährigen Aufenthalt offenbar schon vorausgesetzt, und der Zeitpunkt des Hervortretens der Hülfsbedürftigkeit mit den letzten drei Jahren nur in Verbindung gestellt ist, um von da auf die Gemeinde zurückzugehen, wo der Hülfsbedürftige zuletzt volle drei Jahre seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat;

daß, da das Gesetz gerade den Zweck hat, die Verpflichtung zur Fürsorge für die Armen zwischen den verschiedenen Verbänden zu reguliren, und es bei dem Umstande, daß ein Hülfsbedürftiger nach einander an verschiedenen Orten seinen Aufenthalt gehabt haben konnte, gerade darauf ankam, die actuell verpflichtete Gemeinde zu bezeichnen, recht eigentlich bei den Entstehungsgründen des Hülfsdomicils für den Fall der Nr. 3. §. 1. eine Bestimmung darüber nothwendig war, auf welche Gemeinde zurückzugehen sei;

daß hiernach also die Bestimmung des §. 1. Nr. 3. des mehrbezogenen Gesetzes den Sinn bietet, daß das Hülfsdomicil an sich durch dreijährigen Aufenthalt an einem Orte begründet werde, so zwar, daß hierbei immer diejenige Gemeinde als die Verpflichtete betrachtet werden solle, wo der Hülfsbedürftige vor dem Zeitpunkte des Hervortretens seiner Verarmung zuletzt drei Jahre hindurch seinen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hat;

daß die fragliche Bestimmung so ausgelegt, wie mit dem §. 4. des Gesetzes, so überhaupt, mit der Oeconomie und dem Zwecke desselben in vollkommenstem Einklange steht; mit dem §. 4., weil derselbe bei dieser Auslegung auch auf jene Bestimmung seine volle Anwendung findet; mit der Oeconomie des Gesetzes, weil nunmehr, wie es offenbar beabsichtigt ist, das Hülfsdomicil in der früheren Aufenthalts-Gemeinde so lange Zeit bestehen bleibt, als zur Begründung eines neuen Hülfsdomicils durch fortgesetzten Aufenthalt erfordert wird; mit dem Zwecke des Gesetzes, weil dasselbe die Verpflichtung zur Armenpflege zunächst als eine Last der örtlichen Verbände auffaßt und die Provinzial-Verbände nur in letzter Reihe in Anspruch genommen wissen will;

daß dem entgegen aber die Deutung, welche der Appellations-Richter der oft bezogenen Bestimmung des §. 1. Nr. 3. gegeben hat, in der That gegen die Absicht des Gesetzes dahin führen würde, daß die Provinzial-Verbände für die gewöhnlichsten Fälle die Fürsorge für die Verarmten zu übernehmen hätten;

daß demnach der Appellations-Richter nicht nur den richtigen Sinn des §. 1. Nr. 3., sondern auch jenen des §. 4. des Gesetzes vom 31. December 1842 über die Armenpflege verkannte, und mit diesen Paragraphen gleich-

zeitig den §. 9. desselben Gesetzes verletzte, wenn er in Folge der unrichtigen Auslegung jener Paragraphen den §. 9. selbst in der Unterstellung auf die Cassations-Klägerin für anwendbar erachtete, daß die hülfsbedürftige K. ihren letzten gewöhnlichen dreijährigen Aufenthalt in der Gemeinde Uebach gehabt habe;

daß daher das angegriffene Urtel der Vernichtung unterliegt, in der Sache selbst gleichwohl hier schon jetzt nicht entschieden werden kann, weil die Entscheidung von der in den Instanzen noch nicht festgestellten thatsächlichen Frage abhängt, ob die verarmte K. von dem Eintritt ihrer Hülfsbedürftigkeit sich zuletzt, während der Dauer von drei Jahren in Uebach gewöhnlich aufgehalten habe;

aus diesen Gründen

cassirt das Ober-Tribunal, V. Civil- (Rheinischer) Senat, das Urtel des Appellations-Gerichtshofes zu Cöln vom 28. Juni 1854 2c.

№ 38.

Armenpflege. Zulässigkeit des Rechtsweges.

Ist die im §. 34. des Armenpflege-Gesetzes vom 31. December 1842 angeordnete Entscheidung der Landespolizei-Behörde auch dann maaßgebend, wenn der Streit nicht mehr die Frage betrifft: welcher von verschiedenen Armen-Verbänden die Verpflegung des Armen zu übernehmen habe, sondern wenn es sich nur noch darum handelt, wer die durch die Cur und

Verpflegung eines Armen erwachsenen Kosten tragen oder erstatten müsse?

Gesetz vom 31. December 1842, über die Armenpflege, (Ges. Samml. 1843 S. 13.) §. 34.

Am 9. Mai 1852 schickte der Maurermeister P. zu Pr. Stargardt den Maurergesellen R. auf das dem M. L. gehörige Gut R., um für den Letzteren dort einen Stall zu bauen. Bei dieser Gelegenheit ward der R. am 20. desselben Monats durch den Fall von einem Baume erheblich beschädigt und auf seinen eigenen Wunsch sofort nach Stargardt gebracht; hier ist er denn auch bis zu seinem am 14. März 1853 erfolgten Tode ärztlich behandelt und verpflegt worden. Die dadurch erwachsenen Cur- und Verpflegungskosten beliefen sich auf 63 Thlr. 29 Sgr. 7 Pf., und es entstand nunmehr zwischen der Stadtgemeinde Pr. Stargardt, dem westpreußischen Landarmen-Verbande und dem Gutsbesitzer M. L. Streit darüber: wer diese Kosten zu tragen resp. zu erstatten habe. Der genannte Landarmen-Verband hatte dieselben zwar einstweilen an die Stadt Pr. Stargardt berichtigt, die Regierung zu Danzig setzte aber durch ihr Resolut vom 15. Februar 1854 fest, daß der Armen-Verband zu R., d. h. der Gutsbesitzer M. L., schuldig, dem westpreußischen Landarmen-Verbande die gedachten 63. Thlr. 29 Sgr. 7 Pf. Cur- und Verpflegungskosten zu erstatten habe. Diese intermistische Anordnung ist einer Seits darauf gegründet, daß die öffentliche Fürsorge für den R. in R. nothwendig geworden sei, anderer Seits aber aus den §§. 29. 30. und 32. des Armenpflege-Gesetzes vom 31. December 1842 hergeleitet. In Folge dessen hat der Gutsbesitzer M. L. zwar zur Vermeidung der bereits verfügten Execution jene Kosten, mit Vorbehalt seiner Rechte

auf Erstattung, an den westpreußischen Landarmen-Verband gezahlt, er fordert sie indessen nunmehr im Wege des Processes von dem Letzteren zurück, weil die allegirten §§. 29. 30. 32. auf den vorliegenden Fall nicht paßten und er selbst überall nicht zur Verpflegung des N. verpflichtet gewesen sei.

Das Stadt- und Kreisgericht zu Danzig trat seiner Ausführung bei und verurtheilte daher den Verklagten zur Zurückzahlung der erwähnten 63 Thlr. 29 Sgr. 7 Pf., wogegen das Appellations-Gericht zu Marienwerder unterm 3. Januar 1856 abändernd auf Abweisung des Klägers erkannte.

Letzterer hat gegen das Appellations-Urtel noch die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt und der erste Senat des Ober-Tribunals hat in seiner Sitzung vom 2. Juni 1856 denn auch das zweite Erkenntniß vernichtet, das erste aber bestätigt. Die

Gründe

lauten im Wesentlichen dahin:

Der Appellations-Richter gründet seine Abweisung des Klägers vornehmlich darauf, daß dieser nicht, wie ihm nach §. 34. des Armenpflege-Gesetzes vom 31. December 1842 obgelegen, bestimmt behauptet und nachgewiesen habe, daß der verklagte Landarmen-Verband der eigentlich Verpflichtete sei, daß er es vielmehr ausdrücklich dahin gestellt sein lasse, ob der Verklagte oder die Stadt Pr. Stargardt zur Verpflegung des N. verpflichtet gewesen sei, daß er die Verurtheilung des Verklagten lediglich um deshalb verlange, weil er selbst keinen Falls der Verpflichtete sei, und daß mithin sein Angriff und seine Deduction recht eigentlich gegen das Resolut vom 15. Februar 1854 gerichtet wäre. Die Ausführung des Appellations-Richters stützt sich mithin wesentlich auf den gedachten §. 34.; aus ihm ist der hauptsächlichste Abweisungsgrund desselben entnommen. Dies Gesetz

bezeichnet der Implorant als verletzt, und insofern muß seine Beschwerde als gerechtfertigt angesehen werden.

Im Anschlusse an den §. 33.:

> Einen Anspruch auf Verpflegung kann der Arme gegen einen Armen-Verband niemals im Rechtswege, sondern nur bei der Verwaltungsbehörde geltend machen, in deren Pflicht es liegt, keine Ansprüche zuzulassen, welche über das Nothdürftige hinausgehen,

schreibt der §. 34. weiter vor:

> Ueber Streitigkeiten zwischen verschiedenen Armen-Verbänden entscheidet die Landespolizeibehörde. Betrifft der Streit die Frage: welcher von diesen Verbänden die Verpflegung des Armen zu übernehmen habe? so findet gegen jene Entscheidung der Rechtsweg statt, doch muß letztere bis zur rechtskräftigen Beendigung des Processes befolgt werden. Ueber den Betrag der Verpflegungskosten ist der Rechtsweg nicht zulässig.

Der augenscheinliche Grund dieses Einschreitens der Landespolizeibehörde in einem solchen Falle, wo es sich um die Verpflegung eines Armen handelt, ist nun der, daß die richterliche Entscheidung in der Regel zu spät erfolgen würde, wenn es auf den sofortigen Unterhalt eines Hülfsbedürftigen ankömmt, und daß es daher recht eigentlich im Berufe der Polizei liegt, und zu deren Amte gehört, unverzüglich durch eine interimistische Festsetzung anzuordnen, wie es inzwischen mit der Verpflegung eines solchen Armen gehalten werden soll. §. 10. Thl. II. Tit. 17. des A. L. R.

In diesem Sinne regelt der §. 34. das Verfahren bei Streitigkeiten über die Armenpflege, wie das Marginale zu §. 33. ausdrücklich besagt, und hebt namentlich den Fall hervor, wenn Streit über die Frage entsteht: welcher von verschiedenen Armenverbänden die Verpflegung des Armen

zu übernehmen habe? Gegen eine derartige Entscheidung der Landes-Polizei-Behörde findet der Rechtsweg zwar statt, doch muß dieselbe bis zur rechtskräftigen Beendigung des Processes befolgt werden.

Ein solcher Fall liegt hier indessen keineswegs vor, und es fehlt gerade an den wesentlichsten Bedingungen zur Anwendung des gedachten §. 34. Freilich könnte der Umstand allein, daß im §. 34. a. a. O. nur der „Verpflegung" des Armen gedacht wird, während diejenigen 63 Thlr. 29 Sgr. 7 Pf., deren Zurückzahlung Kläger hier fordert, auch mit in Curkosten bestehen, die Anwendung des §. 34. nicht hindern; schon bei Gelegenheit des Plenarbeschlusses vom 21. Februar 1853 (Entscheidungen Bd. 24. S. 249.) ist ausgeführt und nachgewiesen, daß Cur- und Verpflegungskosten in sofern auf derselben Linie stehen und für beide dieselben Grundsätze gelten. Von Gewicht ist aber unbedenklich der Umstand, daß der erkrankte, in das Stadt-Lazareth zu Pr. Stargardt aufgenommene Mauergeselle R., durch dessen ärztliche Behandlung dort die streitigen 63 Thlr. 29 Sgr. 7. Pf. Cur- und Verpflegungskosten entstanden sind, bereits am 14. März 1853 verstorben war. Bei dem zwischen den Armen-Verbänden zu Preußisch Stargardt und Gr. R., so wie dem Verklagten vor der Königlichen Regierung zu Danzig verhandelten und von dieser mittelst Resoluts vom 15. Februar 1854 entschiedenen Streite kam es daher gar nicht mehr auf Verpflegung oder ärztliche Heilung des R. an, sondern es fragte sich allein noch darnach: wer die vorgedachten 63 Thlr. 29 Sgr. 7 Pf. tragen und resp. dem westpreußischen Landarmen-Fond, der solche inzwischen der Stadt Preußisch Stargardt gezahlt hatte, ersetzen müßte? Dieser Streit, der lediglich das Privatrecht betrifft, gehört allein, aber auch unbeschränkt vor die or-

dentlichen Gerichte, und unterliegt nicht der Entscheidung der Landespolizeibehörde. Wenn der Appellations-Richter, dies verkennend, und im geraden Gegensatze damit, am Schlusse seiner Entscheidungsgründe bemerkt: es komme nichts darauf an, daß es sich hier um den Ersatz bereits verwendeter Verpflegungskosten handle, denn das Gesetz vom 31. December 1842 beschränke sich nicht bloß auf den Fall einer gegenwärtig erforderlichen Verpflegung, so wendet er den mehrgedachten §. 34. auf einen Fall an, für den er nach seinem Sinne und Zusammenhange nicht gegeben ist.

Zwar beruft der vorige Richter sich zur Unterstützung seiner entgegengesetzten Ansicht auf die Materialien und die Motive jenes Gesetzes; aus den ersteren ist jedoch für diesen Zweck überhaupt nichts beigebracht, und die Motive anlangend, so faßt der Appellations-Richter dieselben an einer anderen Stelle seiner Entscheidungsgründe selbst in der oben schon ausgesprochenen Weise auf, daß es nämlich in dem Zwecke und in den Pflichten des Staats liegt, den einzelnen Armen gegen die dringendste Noth zu schützen, und so zugleich auch die Gefahren zu beseitigen, welche aus der Noth, Hülfsbedürftigkeit und Nahrungslosigkeit für die Sicherheit und die sittlichen Zustände der bürgerlichen Gesellschaft sonst entstehen würden. Sind es nun eben lediglich diese staatlichen Zwecke der Armenpflege gewesen, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, Streitigkeiten, welche an und für sich betrachtet, als lediglich das Privateigenthum berührend, vor die ordentlichen Gerichte gehören und also von diesen zu untersuchen und zu entscheiden sein würden, den letzteren ausnahmsweise zu entziehen und vor die Landespolizeibehörden zu verweisen, so entspricht es gewiß ganz der allgemeinen Auslegungsregel des §. 46. der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, die Vorschrift des §. 34. a. a. O.

nicht über ihren Wortlaut hinaus zu extendiren und also die Regel, d. h. den Rechtsweg, wieder ganz unbeschränkt da eintreten zu lassen, wo der nächste und unzweifelhafteste Grund des Ausnahme-Gesetzes nicht zutrifft. Der Maurergeselle N. war, wie bereits erwähnt, schon am 14. März 1853 gestorben, einer öffentlichen Fürsorge für ihn bedurfte es seitdem nicht mehr, und hinsichtlich der rein privatrechtlichen Frage: wer die durch seine bisherige ärztliche Behandlung und Unterhaltung erwachsenen Kur- und Verpflegungskosten zu tragen habe? lag ein öffentliches Interesse gar nicht mehr vor; es fehlte somit auch an einer hinreichenden Veranlassung zum Einschreiten der Landespolizeibehörde. In Betreff dieser Frage trat wiederum der Rechtsweg ganz unbeschränkt, nicht aber allein in den engeren Grenzen des §. 34. a. a. O. ein. Diesen erheblichen und wesentlichen Gesichtspunkt hat der Appellations-Richter allerdings verkannt und unterliegt daher seine gerade hierauf basirte Entscheidung nach §. 4. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833 der Vernichtung. (Die Gründe für die Bestätigung des ersten Urtels gehören nicht hierher.)

№ 39.

Armenpflege.

Begriff der „Gutsherrschaft" in Beziehung auf Armenpflege.

Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege, vom 31. December 1842 (Gesetz-Sammlung vom Jahre 1843 S. 8.) §§. 5—8.

Gesetz betreffend die Aufnahme neu anziehender Personen v. 31. December 1842 (Gesetz-Sammlung vom Jahre 1843 S. 5.) §§. 7—10.

Das zum Domainengute St. gehörende Vorwerk Z. ist durch Vertrag vom 1. August 1822 für einen baaren Kaufpreis und einen jährlich zu entrichtenden Domainenzins, an einen Vorbesitzer des Klägers verkauft, es sind jedoch die hohe Jagd, die Unterthanen-Dienste, Patronat und Gerichtsbarkeit und ein Acker von 2½ Morgen Größe dem Fiskus vorbehalten worden. Der Vertrag enthält die Bestimmung, daß der Käufer alle Landes-, Societäts- und Communitäts-Lasten übernehme, und daß er in die Reihe der Rittergutsbesitzer eintrete; er ist auch demnächst mit einer Virilstimme beim Kreistage begabt und das Hypothekenbuch des Gutes ist beim Obergerichte geführt worden. Nachdem vom Areal des Gutes mehrere Stücke veräußert und einzelne der neuen Anbauer hülfsbedürftig geworden, ist die Frage entstanden, wem die Pflege dieser Armen obliege? Der Besitzer von Z. wollte sich für keinen Gutsbesitzer im Sinne der hier einschlagenden Gesetze ansehen, da ihm die wichtigsten der auszeichnenden Rechte eines solchen fehlten, namentlich auch Fiskus die Polizeigewalt über das Gut durch seine Beamten ausüben lasse, und er klagte gegen denselben mit dem Antrage:

die nach dem Gesetze vom 31. December 1842 der Gutsherrschaft obliegende Fürsorge für die im Bezirke des Vorwerks Z. und auf den davon nach dem 1. August 1822 veräußerten Trennstücken befindlichen Armen fortan zu übernehmen und ihm alle bisher auf diese Armenpflege verwendeten, in separato festzustellenden Kosten zu erstatten.

Fiskus bestritt den Anspruch; das Kreisgericht zu Stettin verurtheilte ihn jedoch, am 22. Mai 1855, nach dem Antrage, indem es der Ansicht war, daß nach der Verfassung Pommerns ein Gut, dem die vom Fiskus vorbehaltenen Rechte abgehen, kein Rittergut, dort also auch der Begriff „Gutsherrschaft" nicht anwendbar, Z. mithin als Trennstück der Domaine St. zu betrachten, und die Last der Armenpflege demnach dem Fiskus, als Gutsherrn und Inhaber der Polizeigerichtsbarkeit, verblieben sei.

Anderer Meinung war das Appellations-Gericht zu Stettin, indem es am 30. November 1855, auf die Appellation des Fiskus, die Abweisung aussprach. Die hiergegen vom Kläger eingelegte Revision hat der erste Senat des Ober-Tribunals durch Bestätigung des Appellations-Erkenntnisses, am 9. Juni 1856, zurückgewiesen.

Gründe.

Nachdem der Käufer des ehemaligen Domainen-Vorwerkes Z. und dessen Besitznachfolger einzelne Flächen dieses Gutes verkauft haben, fragt es sich: wem gegen verarmte Anbauer, in Fällen ihrer Hülfsbedürftigkeit, die Armenpflege obliege? Fiskus, welcher diese Pflicht statt des Klägers zu erfüllen versagt, hat demselben zwei Einreden gemacht:

1) daß Kläger nach dem Gesetze vom 31. December 1842 als Gutsherrschaft dazu verbunden, und
2) daß ihm diese Pflicht vermöge des Erwerbungs-Vertrages vom 1. August 1822 obliegend sei.

Durch das Appellations-Urtel ist der Kläger mit der Klage abgewiesen und diese Entscheidung muß auch für vollkommen gerechtfertigt erachtet werden. Es steht schon der §. 8. des Kaufcontracts dem Anspruch des Klägers entgegen. Nach demselben hat sein Vorgänger alle Landes-, Societäts-

und Communitäts-Lasten übernommen und den Lasten der letzteren Art darf auch die Gemeinde-Armenpflege subsumirt werden. Denn schon zur Zeit der Errichtung des Kaufcontracts war vom A. L. R. §. 10. Thl. II. Tit. 19. die Pflicht der Stadt- und Dorfgemeinden,

für ihre verarmten Mitglieder und Einwohner zu sorgen, festgestellt, und im Patent vom 8. September 1804, betreffend die Armenpflege in der Chur-, Neumark und Pommern, ist im §. 7. gleichfalls die Verpflegung der Ortsarmen denjenigen Communen, zu welchen sie gehören, auferlegt worden. Besteht aber ein Gut ohne bäuerliche Einsassen lediglich aus dem Gutsherrn und den von ihm Eigenthums- oder Miethweise auf Vorwerksland eingesetzten Einwohnern, so muß auch der Gutsherr und die Einwohnerschaft als diejenige Gemeinde angesehen werden, welche nach ihren Kräften für den Ortsarmen zu sorgen hat. — Doch auch abgesehen vom Inhalt des Contractes, und wenn man die Sache lediglich nach dem Armenpflege-Gesetz vom 31. December 1842 beurtheilt, welches im §. 36. alle früheren Verordnungen außer Kraft setzt, kann die fragliche Armenpflege nicht für eine Last der Domaine St., sie muß vielmehr lediglich als Last der Gutsherrschaft von Z. angesehen werden. Zufolge §. 5. dieses Gesetzes sind Gutsherrschaften, deren Güter nicht im Gemeindeverbande sich befinden, gleich Gemeinden, zur Fürsorge für die Armen des Gutsbezirkes verpflichtet. Gutsherrschaften, welche sich nicht einem Rusticalgemeindeverbande angeschlossen haben, bilden also selbstständige Ortsarmenverbände. Kläger lehnt zwar das Prädicat der Gutsherrschaft ab, und will dies Prädicat der Domaine St. beigemessen wissen, als deren integrirender Theil das Gut Z. nebst Zubehör B. im Hypothekenbuch verzeichnet stand. Diese Behauptung ist aber eine völlig

unhaltbare. Sämmtliche Vorwerke, Dörfer und Mühlen der Domaine St. und Z. waren im Jahre 1809 als ein Complexus im Hypothekenbuch verzeichnet, wie solches nach §. 39. Titel I. der Hypotheken-Ordnung statthaft ist. Gleichwohl ist Z. immer ein selbstständiges Gut gewesen, und als das Gesetz vom 31. December 1842 erschien, war es ohne allen Zweifel ein solches, da es von der Domaine abgeschrieben und ihm ein besonderes Folium im Hypothekenbuch des Obergerichts zu Theil geworden war. Es war diesem Gut durch den Verkaufscontract zwar die hohe Jagd, die Unterthanendienste und Prästationen, das Patronat und die Gerichtsbarkeit entzogen. Um deswillen hat der Erwerber aber und sein Nachfolger die Eigenschaft des Gutsherrn nicht verloren. Denn theils sind alle diese Rechte nicht nothwendige Bedingungen der Gutsherrschaft, sie sind theils ablöslich, theils im Laufe der Zeit ohne Entschädigung aufgehoben, wogegen das Recht des Eigenthums am Gut fortbestehend geblieben ist. Daneben ist aber die Selbstständigkeit des Gutes Z. durch den Contract dadurch gewahrt, daß es in die Klasse der Rittergüter versetzt, wie nicht bestritten worden, der Verordnung vom 17. August 1821 entsprechend immatriculirt und ihm eine Virilstimme bei den Kreistagen zu Theil geworden ist.

Nach allem diesen ist Kläger, als Gutsherrschaft, nach §. 5. des Armenpflege-Gesetzes auch Ortsarmenverband für die Vorwerkseinsassen und ihm die Fürsorge für die Verarmten unter denselben, — und dies um so mehr zu Theil geworden, als sie von ihm oder von seinen Vorbesitzern, durch Parcelirung des Vorwerks freiwillig, und ohne Zuziehung oder Zustimmung des Verkäufers oder eines anderen Armen-Verbandes, in das Gut Z. anzuziehen veranlaßt worden sind. Es macht auch keinen Unterschied in der

Sache, ob die Polizeiobrigkeit noch jetzt vom Kläger oder vom Verklagten ausgeübt wird. Gutsherrschaft und Polizeiobrigkeit kann nach §. 10. des Heimaths-Gesetzes vom 31. December 1842 getrennt von einander bestehen und es liegt außer der Sphäre der jetzigen Entscheidung, zu untersuchen: ob Fiskus die Polizeigewalt über Z. beizubehalten befugt oder ob er sie dem Kläger zu übereignen oder zu übertragen verbunden sei? Jedenfalls giebt ferner §. 6. des Armenpflege-Gesetzes keine Veranlassung, das Gut Z. als Trennstück des Domainenguts St. anzusehen, und dem Letzteren die Armenpflege-Verbindlichkeit über Z., wie über ein Trennstück beizumessen. Denn bei Verkündung des Armenpflege-Gesetzes war Z. wirklich schon Gut und sein Besitzer Gutsherrschaft. Sind im Contract vom 1. August 1822 vom Areal auch 2½ Morgen Land und einige Wege vorbehalten worden, so ist doch zu erwägen, daß dem Vorbesitzer des Klägers noch 1449 Morgen 71 □Ruthen verkauft und überwiesen sind und das Vorbehaltene in Vergleichung zum Verkauften etwas sehr unbedeutendes war. Was die §§. 6. und 8. des Armenpflegegesetzes von Trennstücken, insbesondere von Mühlen, Krügen, Schmieden und dergleichen besagt, berührt gar nicht die Vorzeit des neueren Armenpflege-Gesetzes und es erledigt sich von selbst, da Z. kein Trennstück, sondern im Jahre 1822, wie jetzt noch, ein selbstständiges Gut, und dessen Besitzer Gutsherrschaft gewesen und geblieben ist.

№ 40.

Beschränkte Zulässigkeit der Eidesdelation im Ehescheidungs-Processe.

Verordnung vom 28. Juni 1844 über das Verfahren in Ehesachen (Ges. Samml. S. 184.) §§. 41—43.

Die Scheidungsklage der Frau gründete sich auf die Behauptungen, Verklagter habe sie mehrfach gemißhandelt, namentlich ihr Faustschläge an den Kopf, ins Gesicht und in den Nacken gegeben und sie dergestalt unter das Kinn gestoßen, daß sie besinnungslos gewesen, auch falle demselben verdächtige Vertraulichkeit mit der Dienstmagd Amalie T. und vollzogener Ehebruch mit der Letzteren zur Last. Zum Beweise deferirte sie den Eid. Verklagter bestritt die Klagegründe. Er sagte: die Klägerin, welche schon mindestens sechsmal Scheidungsklage erhoben und dieselbe entweder wieder zurückgenommen habe oder durch Decret abgewiesen sei, leide dergestalt an Hysterie und Eifersucht, daß ihre Ausbrüche zum öffentlichen Aergernisse würden und ihre Zurechnungsfähigkeit in Zweifel stehe. Er leugne nicht, sie mehrmals, wenn sie ihn in seinem umfangreichen Ladengeschäfte, besonders bei dem Verkehr mit Frauenzimmern, gestört, zurechtgewiesen und mit Gewalt entfernt zu haben; es sei ihr aber nichts weiter geschehen, als nöthig gewesen.

Das Kreisgericht zu Bochum hat am 20. April 1855 auf den Eid über beide Klagefundamente erkannt und für den Fall, daß auch nur eines nicht durch Ableistung des Eides widerlegt werde, die Ehe geschieden und den Verklagten als schuldigen Theil (ohne Verurtheilung zur Ehescheidungsstrafe) erachtet. Dagegen ist von Seiten des Civil-

Senats des Appellations-Gerichts zu Hamm angenommen, daß nach §. 41 f. der Verordnung vom 28. Juni 1844 ohne allen weiteren Anhalt im Ehescheidungs-Processe der Beweis nicht auf den Eid gestellt werden dürfe, nebenher darauf hingewiesen, daß es den Anführungen der Klägerin über die erlittenen Mißhandlungen an gehöriger Specialität und Bestimmtheit fehle und demzufolge durch das Erkenntniß vom 29. November 1855 die Klage verworfen.

Dagegen wurde zum Zwecke der Wiederherstellung des ersten Urtels in der Revisionsschrift für Klägerin auszuführen gesucht, daß der Eid allein, wenn sonst kein anderer Beweis vorhanden sei, auch in Ehescheidungssachen für ein zulässiges Beweismittel erachtet werden müsse, dabei auch die hinlängliche Bestimmtheit der Angaben der Klägerin behauptet und erörtert.

Der erste Senat des Ober-Tribunals hat am 16. Mai 1856 das Appellations-Erkenntniß bestätigt und folgende

Gründe

gegeben:

Es steht vorab die Zulässigkeit der von der Klägerin zum Beweise der Klagegründe einzig und allein erhobenen Eidesdelation in Frage. Die Verordnung vom 28. Juni 1844 schreibt vor:

§. 41. Der nothwendige Eid findet, so weit er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zulässig ist, auch über Thatsachen statt, welche den Grund der Scheidung — — darthun sollen, jedoch nur, wenn über diese Thatsachen demjenigen, welcher den Eid zu leisten hat, die Wahrheit aus eigener Wissenschaft bekannt sein muß.

§. 42. Jede Partei kann zur Führung dieses Beweises (§. 41.) Anträge auf einen von ihr oder dem Geg-

ner zu leistenden Eid in der Klage oder im Laufe des Processes machen, das Ehegericht hat aber, ohne an solche Anträge gebunden zu sein, nach Maaßgabe des §. 41. darüber zu erkennen, und die Ableistung darf erst, wenn rechtskräftig darauf erkannt ist, erfolgen.

§. 43. Mit einer weiteren, als der im §. 42. vorgeschriebenen Wirkung, ist der Antrag auf einen abzuleistenden Eid, mithin auch die Eideszuschiebung, zum Beweise des Grundes der Scheidungsklage nicht zulässig.

Die Vorschrift ist klar. Die Eidesdelation ist nicht unzulässig, der Richter ist aber daran nicht gebunden; er soll darüber erkennen. Nun ist nicht abzusehen, woran sich der Richter bei seiner Entscheidung halten soll, wenn eben nichts weiter vorliegt, als die Eidesdelation. Wenn im §. 42. gesagt wird: der Richter soll auf Anträge wegen eines abzuleistenden Eides nach Maaßgabe des §. 41. erkennen, so ist damit allerdings die Vorschrift des §. 41. bezeichnet, daß in Ehescheidungssachen nur Eide de veritate zugelassen werden dürfen, nicht aber ausgesprochen, daß, wenn nach der Sachlage ein Eid de veritate anwendbar sei, der Richter darauf auch nach dem gestellten Antrage erkennen müsse. Das würde die ganzen angegebenen Vorschriften auf eine Ausschließung des Eides de ignorantia in Ehescheidungssachen beschränken und es ist nicht zu zweifeln, daß, wenn der Gesetzgeber bloß dies hätte sagen wollen, er sich dazu nur weniger einfacher Worte bedient haben würde.

Die ratio legis setzt es völlig außer Zweifel, daß Eidesdelationen allein und ohne das Vorhandensein anderer Anhaltspunkte für einen nothwendigen Eid, in Ehescheidungssachen zum Beweise niemals genügen können. Ein pactum de jurejurando, wie es die Zuschiebung und Annahme eines Eides ausmachen, setzt zur vollen rechtlichen Wirkung die

freie Verfügung der Parteien über den Gegenstand voraus. Deshalb ist auch schon gemeinrechtlich über die Zulässigkeit der Eidesdelation in Ehesachen Bedenken gewesen (vergl. Glück, XII. 270., Alleg. in Koch's Preuß. Privat-Recht 2. Ausgabe. II. 643. Note 28.) Denn hier liegt nicht bloß ein Partei-Interesse, sondern das öffentliche und staatliche Interesse an Aufrechthaltung der Ehe und Heilighaltung der Familienbande vor. Auch diesem gegenüber ist der Beweis einer ausreichenden Ehescheidungs-Ursache zu führen, deshalb beweiset auch nach §. 40. der angeführten Verordnung das bloße Geständniß einer solchen, nichts, sofern es nicht geeignet gefunden wird, dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der zugestandenen Thatsache zu verschaffen. Es ist einleuchtend, daß wenn auf den Eid de veritate schlechthin eingegangen werden müßte, frühere Erfahrungen sich wiederholen und vertragsmäßige Ehescheidungen mit Umgehung des Gesetzes leicht herzustellen sein würden; der klagende Theil brauchte nur über die erste beste fingirte Thatsache, die an sich einen gesetzlichen Grund darböte, den Eid zu deferiren und der Verklagte sich irgendwie in den Fall zu setzen, als Einer, der nicht schwören wolle oder könne, geachtet zu werden. Nicht zu gedenken, daß gerade in Sachen der vorliegenden Art noch in anderen Beziehungen gewichtige Bedenken gegen die unbedingte Zulassung der Eideszuschiebung obwalten, wie denn namentlich die Besorgniß nahe liegt, daß die Annahme und Ableistung von Eiden durch Regungen der Leidenschaft sich bestimmen werde.

Der Appellations-Richter hat sonach das Gesetz richtig zur Anwendung gebracht. Es kommt mithin nicht weiter darauf an, das Gewicht der erhobenen Beschuldigungen an sich zu prüfen.

№ 41.

Vorkaufsrecht.

Ueber die Frage, ob das dem Erbzinsherrn gesetzlich zustehende Vorkaufsrecht in Kraft erhalten ist, wenn in dem vor Publication des Gesetzes vom 2. März 1850 abgeschlossenen Erbzinsvertrage der Erbzinsherr sich das Vorkaufsrecht ausdrücklich vorbehalten hat?

Gesetz vom 2. März 1850. §§. 2. und 4.

Der Verklagte hat durch Kaufvertrag vom 30. Juli 1849 ein Grundstück erworben, welches früher der Gutsherrschaft zu J. zugehörte und von dieser durch Vertrag vom 18. Juli 1795 zu Erbzinsrechten veräußert worden ist. Der zeitige Besitzer von J. hält sich berechtigt, das Vorkaufsrecht auszuüben. Diese Berechtigung will er daraus abgeleitet wissen, daß in dem vorliegenden Falle es sich nicht um ein gesetzliches, sondern um ein vertragsmäßig begründetes Vorkaufsrecht handele, da sich die Gutsherrschaft in dem unter dem 18. Juli 1795 abgeschlossenen Vertrage vor jedem Fremden das Vorkaufsrecht ausdrücklich vorbehalten habe. Dieses Verlangen ist auch in beiden Instanzen für begründet erachtet, von dem Appellations-Gericht in Königsberg deshalb, weil in vorliegendem Falle das Vorkaufsrecht einen doppelten Entstehungsgrund habe, das Gesetz und den Vertrag, das vertragsmäßige Vorkaufsrecht gleichzeitig mit dem gesetzlichen. Das Vorkaufsrecht ist daher mit Anwendung des §. 4. des Gesetzes vom 2. März

1850 als noch bestehend angenommen und der Kläger zur Ausübung desselben für befugt erklärt.

Auf die von dem Verklagten eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat jedoch der dritte Senat des Ober-Tribunals das Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Königsberg vom 18. September 1855 durch Urtel vom 9. Juni 1856 vernichtet und in der Sache selbst den Kläger abgewiesen.

Gründe.

Der §. 2. des Gesetzes vom 2. März 1850 hat das Vorkaufsrecht an Immobilien mit Ausnahme der im §. 4. dieses Gesetzes aufgeführten Fälle aufgehoben, und nach §. 4. gehört zu diesen Ausnahmen auch „das durch Verträge oder letztwillige Verfügungen begründete Vorkaufsrecht an Immobilien." Das Gesetz hat sonach unterschieden, zwischen dem Vorkaufsrechte, welches seine rechtliche Begründung schon in dem Gesetze findet, und demjenigen Vorkaufsrechte, welches seine Entstehung durch Vertrag oder letztwillige Verfügung erhalten hat. Jenes Vorkaufsrecht ist ohne Entschädigung aufgehoben, dieses ist in Kraft geblieben.

Die Frage, auf welche es ankommt, ist sonach, von welcher rechtlichen Natur das vom Kläger in Anspruch genommene Vorkaufsrecht ist: ob dasselbe als ein gesetzliches oder als ein vertragsmäßiges aufzufassen ist?

Der zwischen der Gutsherrschaft zu J. und dem Vorbesitzer des Verklagten unter dem 18. Juli 1795 unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts abgeschlossene Vertrag hat ein Erbzinsverhältniß geschaffen, also ein solches, auf welches der zweite Abschnitt des Tit. 18. Thl. I. des A. L. R., insbesondere der §. 710. Anwendung findet, nach welchem dem Erbzinsherrn bei jedem Verkauf des Guts innerhalb zwei Monaten das Vorkaufsrecht zusteht.

Bei jedem Erbzinsgute stand sonach dem Erbzinsherrn als Ausfluß des demselben zustehenden Obereigenthums das Vorkaufsrecht zu; es entstand dieses Recht unmittelbar aus dem Gesetze. Andererseits war jedoch dieses Vorkaufsrecht kein solcher Bestandtheil der Erbzinseigenschaft, welcher von dieser nicht getrennt werden konnte, ohne den Begriff des Erbzinsrechtes selbst aufzuheben; das Vorkaufsrecht war vielmehr nur ein naturale negotii, welches durch besondere hierauf gerichtete Abrede der Contrahenten ausgeschlossen werden konnte. Ward aber eine solche Abrede nicht getroffen, so verstand sich gesetzlich von selbst, daß das Vorkaufsrecht des Erbzinsherrn in seinem gesetzlich bestimmten Umfange in Wirksamkeit trat, wenn auch in dem abgeschlossenen Erbzinsvertrage dasselbe unerwähnt geblieben war.

In dem jetzt zur Entscheidung vorliegenden Falle hat sich in dem Vertrage vom 18. Juli 1795, wie wörtlich gesagt ist:

die Gutsherrschaft vor jedem Fremden das Verkaufsrecht ausdrücklich vorbehalten,

und es fragt sich, ob und welche Bedeutung dieser Stipulation beizulegen ist?

Nach dem Vorgesagten muß jedoch einleuchten, daß durch diese Stipulation in dem eingegangenen Rechtsverhältnisse nichts verändert worden ist und nichts geändert sein kann. Auch wenn diese Stipulation in den Vertrag nicht aufgenommen worden wäre, würde der Erbzinsherr nach der zur Zeit des errichteten Vertrages bestandenen Gesetzgebung dasjenige Recht erworben haben, was er sich ausdrücklich vorbehielt, und dies weder in größerem, noch in geringerem Umfange, als das Vorkaufsrecht aus dem Gesetze hat. Jene Stipulation nach ihrem Wortinhalte aufgefaßt, würde sonach etwas ganz überflüssiges und nutzloses enthal-

ten. Daß die Contrahenten dies gewollt haben, läßt sich aber nicht annehmen und eben deshalb kann jene Stipulation nur dahin verstanden werden, daß die Contrahenten es in dieser Beziehung bei dem Gesetze haben belassen wollen, keine Veranlassung gehabt haben, das Vorkaufsrecht als ein bloßes Naturale aufzuheben und auszuschließen. Hiervon ausgegangen, kann aber nicht behauptet werden, daß das Vorkaufsrecht in dem vorliegenden Falle seine Entstehung in dem abgeschlossenen Vertrage habe, sein rechtlicher Grund lag vielmehr in dem vertragsmäßig constituirten Rechtsgeschäfte, an welches schon das Gesetz das Vorkaufsrecht geknüpft hat.

Hiernach kann die Annahme des Appellations-Richters, daß im vorliegenden Falle das Vorkaufsrecht einen doppelten Entstehungsgrund habe, das Gesetz und den Vertrag, und daß das gesetzliche und das vertragsmäßige Vorkaufsrecht gleichzeitig entstanden sei, nicht als richtig anerkannt werden. Muß eingeräumt werden — und dies nimmt auch der Appellations-Richter an — daß das der Gutsherrschaft zustehende Vorkaufsrecht schon durch Constituirung des Erbzinsverhältnisses entstanden ist, so hat die gleichzeitig vertragsmäßig erfolgte Einigung, daß dem Erbzinsherrn das Vorkaufsrecht zustehen solle, keinen Gegenstand. Was schon aus dem Gesetze entstanden ist, bedarf um dasselbe zur rechtlichen Existenz zu bringen, nicht des besonderen Vertrages; ein solcher Vertrag ist vielmehr gehaltlos. Der Appellations-Richter hatnun zwar noch geltend gemacht, es könne behauptet werden, die Contrahenten hätten dem Vorkaufsrechte eine ganz besondere Sicherheit geben wollen und diese dadurch hervorvorzurufen gesucht, daß sie dem Vorkaufsrechte eine doppelte Entstehungsart geschaffen. Diese Auffassung hat jedoch keinen Grund. Das Vorkaufsrecht, wie es gesetzlich bestand,

ist durch jene in den Erbzinsvertrag aufgenommene Stipulation in keiner Weise modificirt; der Erbzinsherr hat dadurch nicht mehr, noch weniger Rechte erhalten, als schon aus dem Gesetze folgen und eben so wenig kann der Erbzinsherr dadurch an Sicherheit gewonnen haben. Die Auffassung des Appellations-Richters würde vielleicht dann Bedeutung in Anspruch nehmen, wenn man damit die Thatsache in Verbindung setzen wollte, daß einige fünfzig Jahre nach Abschluß des Erbzinsvertrages, das gesetzliche Vorkaufsrecht aufgehoben und nur das vertragsmäßig begründete Vorkaufsrecht in Kraft erhalten ist. Diese Thatsache ist jedoch eine solche, welche im Jahre 1795 unmöglich vorhergesehen werden konnte, und durch welche eben deshalb die Parteien beim Abschluß des Vertrages nicht haben geleitet sein können.

Ueberhaupt kann der von dem Appellations-Richter aufgestellte Grundsatz, daß, wenn das Vorkaufsrecht einen zwiefachen Entstehungsgrund habe, nämlich in dem Gesetze und gleichzeitig in dem Vertrage, ein solches Vorkaufsrecht durch den §. 4. des Gesetzes vom 2. März 1850 aufrecht erhalten sei, nicht für richtig anerkannt werden. In den §§. 2. und 4. dieses Gesetzes ist das unmittelbar aus dem Gesetze entstandene Vorkaufsrecht sehr bestimmt demjenigen Vorkaufsrechte entgegengestellt, welches durch Vertrag und letztwillige Verfügungen, folglich durch Willenserklärung, begründet ist. Nur von dem letzteren Vorkaufsrechte ist in dem §. 4. a. a. O. die Rede; es ist sonach nur dasjenige Vorkaufsrecht in Kraft erhalten, welches lediglich und allein aus dem Willen der Contrahenten hervorgegangen ist. Von einem solchen Vorkaufsrecht handelt es sich aber in dem vorliegenden Falle nicht und es kann eben deshalb der §. 4. des Gesetzes vom 2. März 1850 hierauf nicht angewendet werden.

Hiernach ist der dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf, daß von ihm die §§. 2. und 4. des Gesetzes vom 2. März 1850 verletzt worden, begründet, und es mußte daher, ohne daß es bedurfte, die noch außerdem aufgestellten Angriffe zur Erwägung zu ziehen, das Appellations-Urtel vernichtet werden. Die Entscheidung in der Hauptsache ergiebt sich hieraus von selbst. Ist das von dem Kläger in Anspruch genommene Vorkaufsrecht als ein gesetzliches, nicht als ein durch Vertrag begründetes, aufzufassen, so ist dasselbe aufgehoben und kann eben deshalb nicht mehr ausgeübt werden. Mit Abänderung des ersten Erkenntnisses hat daher Kläger mit seinem unbegründeten Verlangen zurückgewiesen werden müssen.

№ 42.

Sicherung der öffentlichen Lasten bei Ablösung von Reallasten.

Welche Rechte hat der Fiskus auf Sicherstellung der im Hypothekenbuche nicht eingetragenen auf Rittergütern lastenden Grundsteuer, Kreis- und Communallasten und Kosten der Polizei-Verwaltung, bei gutsherrlich-bäuerlichen Regulirungen und Ablösungen?

Gesetz vom 20. Juni 1835, (Ges.-Samml. S. 135. §. 8.)
Gesetz, betreffend die Ablösung der Reallasten vom 2. März 1850, (Ges.-Samml. S. 77. §§. 66. 96.)
Gesetz über die Einrichtung von Rentenbanken vom 2. März

1850 (Ges.=Samml. S. 112.) §. 51. vergl. Entscheid. Bd. 32. S. 203.

Die Verklagten sind Besitzer der Herrschaft Z. in Schlesien, welche seit dem Jahre 1802 durch Dismembrationen dergestalt in ihrem Grundbesitz verkleinert worden ist, daß dieselbe nur noch in dem alten Schlosse zu Z., der Brauerei und Brennerei nebst Brau= und Brenngerechtigkeit, Krugverlag und Ausschank, einer Wegemauth, einer Wasserkunst und außerdem nur aus Reallasten besteht, welche von den zu Z. gehörigen 13 Gemeinden und den Parcellen-Erwerbern zu tragen sind, und einen Capitalwerth von mehr als 100,000 Thlr. haben. Die Ablösung dieser Reallasten in Rentenbriefen haben die Besitzer der Herrschaft bei der General=Commission zu Breslau beantragt und die zuerst zur Ausfertigung gelangenden 40,000 Thlr. Rentenbriefe zur Befriedigung der zuerst eingetragenen 40,000 Thlr. Hypotheken verlangt. Gegen deren Aushändigung hat jedoch der Königliche Fiskus Widerspruch eingelegt und mit der Behauptung, daß, nach Ablösung der Reallasten und Verabfolgung der Rentenbriefe, die Herrschaft Z.

1) für die darauf haftende Grundsteuer von 567 Thlr. 27 Sgr. und
2) für die Verpflichtungen der Herrschaft zur Verwaltung der Polizei und zu Communalzwecken,

keine Sicherheit mehr gewähren würde, beantragt, daß der 25fache Betrag und zwar für die Grundsteuer 14,197 Thlr. 15 Sgr. und für die übrigen Verpflichtungen 10,700 Thlr. sichergestellt und in Rentenbriefen deponirt werden müsse. Die Behauptungen und den Antrag des Klägers haben die Verklagten bestritten, in Abrede gestellt, daß der Fiskus Sicherstellung für die Grundsteuer zu fordern habe, zu den

im §. 8. des Gesetzes vom 29. Juni 1835 gedachten Realgläubigern gehöre, haben ihn auf die §§. 66. 110. und 111. des Ablösungsgesetzes und auf §§. 4. 31. 49. und 51. des Rentenbank-Gesetzes vom 2. März 1850 verwiesen, auch ihn in Ansehung der Communallasten nicht legitimirt erachtet. Außerdem haben sie die Beträge und die Berechnung bemängelt. Aber die General-Commission zu Breslau hat im Erkenntnisse vom 18. December 1852 die Verklagten schuldig erachtet: sich gefallen zu lassen, daß von den zuerst ausgefertigten Rentenbriefen und zwar:

1) zur Sicherstellung der auf der Herrschaft Z. haftenden Grundsteuer 14,197 Thlr. 15 Sgr.
2) zur Sicherstellung der Leistungs-Verpflichtungen der Herrschaft Z. zur Polizei-Verwaltung und zu Communalzwecken 10,700 Thlr.

bis zur etwaigen Verwendung derselben in die Substanz der Herrschaft bei dem Kreisgerichte zu Neustadt deponirt bleiben; die Verklagten mit dem Antrage auf Freigebung dieser Rentenbriefe resp. auf Verwendung derselben zu Abstoßung der rubr. III. im Hypothekenbuche der Herrschaft Z. eingetragenen Hypothekenschulden, sowie mit den Einwendungen gegen die Höhe der zu deponirenden Beträge lediglich abgewiesen.

Auf die Appellation der Verklagten hat das Revisions-Collegium für Landes-Cultur-Sachen im Erkenntnisse vom 12. Januar 1855 das vorige Urtel dahin abgeändert: daß Fiskus mit seinem Antrage, die Appellanten für schuldig zu erachten, sich gefallen zu lassen, daß von den bei der Herrschaft Z. in Rentenbriefen aufkommenden Abfindungen und zwar:

a. zur Sicherstellung der auf der Herrschaft haftenden Grundsteuer 14,197 Thlr. 15 Sgr. und

b. zur Sicherstellung der Leistungs-Verpflichtungen der Herrschaft Z. zur Polizei-Verwaltung und zu Communalzwecken excl. der Verbindlichkeit zur Unterhaltung der Mauthstraßen der Herrschaft 6,500 Thlr. zusammen 20,697 Thlr. 15 Sgr.

bis zur etwaigen Verwendung derselben in die Substanz der Herrschaft bei dem Kreisgerichte zu Neustadt deponirt bleiben, abzuweisen.

Wegen der Verbindlichkeit zur Unterhaltung der Mauthstraßen und Sicherstellung von 4,200 Thlr. ist die nachträgliche Instruction und Entscheidung vorbehalten und angeordnet.

Der Fiskus hat gegen das Appellations-Urtel die Revision ergriffen und die Wiederherstellung des Urtels erster Instanz beantragt, in der Rechtfertigungsschrift jedoch wegen des vorbehaltenen Punktes zuvörderst die Entscheidung gewärtigen zu wollen erklärt. Der Revident ist bestrebt gewesen, auszuführen, daß wegen der Grundsteuern und anderer Lasten dem Fiskus dieselben Rechte gebühren, wie den im Hypothekenbuche eingetragenen Gläubigern, und daß in allen Auseinandersetzungs-Sachen die Abfindung für das abgefundene Recht an des Letzteren Stelle trete, also die darauf haftenden Rechte und Pflichten auf die Abfindung übergehen. Außerdem berief er sich auf die schlesische Grundsteuer-Verfassung und suchte den in Betreff der Lasten der Polizei-Verwaltung vom Appellations-Richter besonders aufgestellten Entscheidungsgrund zu widerlegen, wonach der Anspruch des Fiskus deshalb zurückgewiesen wird, weil die gutsherrliche Polizei und obrigkeitliche Gewalt durch Artikel 42. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 unter gleichzeitigem Wegfall der dem bisher Berechtigten

abgelegenen Gegenleistungen ohne Entschädigung aufgehoben worden sei.

Durch das Erkenntniß des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 10. April 1856 ist jedoch das Appellations-Urtel bestätigt worden. Die

Gründe

lauten:

Der §. 49. des Gesetzes über die Errichtung der Rentenbanken vom 2. März 1850 (Gesetz-Sammlung S. 112.) verordnet:

> Was die Gesetze bei Ablösung der Reallasten in Beziehung auf dritte Personen bestimmen, findet auch bei Ablösung durch die Rentenbank Anwendung. Die Abfindung durch Rentenbriefe wird hierbei einer Capital-Abfindung gleichgeachtet.

Es handelt sich nun im vorliegenden Falle um eine in Rentenbriefen zu bewirkende Ablösung derjenigen Reallasten, welche den Besitzern der Herrschaft Z. als Pertinenzien auf den Grundstücken der Verpflichteten gebühren, also um eine Abfindung durch Capital. Daß eine solche Abfindung in Rentenbriefen als ein Zubehör des berechtigt gewesenen Gutes im Sinne des §. 12. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. nicht angesehen werden könne, ist schon zur Genüge in dem Präjudicate des Ober-Tribunals vom 21. December 1854 (Entsch. Bd. 30. S. 266.) nachgewiesen worden. Es ist daher auch nicht richtig, wenn der Revident auszuführen bemüht gewesen, daß in allen Auseinandersetzungs- und Ablösungs-Sachen jegliche Abfindung — also nicht bloß die in Land oder in einer, im Hypothekenbuche als Pertinenz des berechtigten Guts bezeichneten, Capitals-Abfindung oder Rente, — sondern auch in jedem Falle die in Capital lediglich an

die Stelle des abgefundenen Objects trete. Es liegt vielmehr in den Gesetzen und in der Natur der Sache, daß eine Abfindung, welche auch nicht durch die Lehns- oder Fideicommiß-Eigenschaft ihre weitere Bestimmung erhält, wenn dieselbe in Capital baar oder in Rentenbriefen in die Hand des vormals Berechtigten gelangt, in Ansehung Anderer nichts weniger, als das Object, wofür es als Widerlage gegeben ist, repräsentiren könne. Die Gesetze geben jedoch gewissen dritten Berechtigten die Mittel, bei der Ausweisung einer solchen Capitals-Abfindung sich gegen Beschädigung ihrer Gerechtsame zu wahren. Als Dritte, deren Gerechsame bei Capitals-Abfindungen in Betracht zu ziehen, nennt §. 150. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 die hypothekarischen Gläubiger und eben so §. 39. der Ablösungs-Ordnung vom 7. Juni 1821, und §. 8. des Gesetzes vom 29. Juni 1835 verordnet, daß die zu erlassende Bekanntmachung nicht nur hinsichtlich derjenigen Gläubiger stattfinden soll, welche Capital zu fordern haben, sondern auch in Ansehung derer, welche mit Renten, Abgaben oder ähnlichen fortwährenden Leistungen im Hypothekenbuche eingetragen stehen. Endlich verordnet §. 111. des Gesetzes, betreffend die Ablösung der Reallasten rc. vom 2. März 1850 (Gesetz-Sammlung S. 77.) ausdrücklich:

> Eine jede Bekanntmachung wegen Capitals-Abfindungen ist nur an diejenigen Gläubiger und Realberechtigte zu richten, welche im Hypothekenbuche des berechtigten Guts eingetragen sind.

Allen diesen Vorschriften liegen die Bestimmungen der §§. 460. bis 465. Thl. I. Tit. 20. des A. L. R. zum Grunde, welche nur Hypothekengläubiger betreffen, nur solche, denen

das Grundstück zur Hypothek, zur Sicherheit für ihre Forderung, bestellt ist.

Es ist nun ein ganz vergebliches Bemühen, wenn der Revident zunächst aus §. 48. Tit. I. der Hypotheken-Ordnung ein gleiches Recht für die Grundsteuer und die Kreis- und Communal-Lasten, einschließlich der Kosten der Polizei-Verwaltung, herleiten will. Denn dieses Gesetz hat bloß den Zweck, zu bestimmen, welche beständige Lasten und Abgaben Behufs ihrer Conservation der Eintragung im Hypothekenbuche nicht bedürfen, steht daher in gar keinem Zusammenhange mit den vorerwähnten Bestimmungen, welche zur Bezeichnung derjenigen Berechtigten, die sie angehen sollen, ausdrücklich die Eintragung im Hypothekenbuche erfordern. Auch entspringt das Recht auf die Grundsteuer nur aus dem Besteuerungsrechte des Staats und Object und Schuldner ist direct die Realität, auf der die Steuer haftet, nicht aber ist das Recht an die Realität ein bloßes accessorisches, wie die Hypothek, sondern ein selbstständiges Recht. Verfolgt man dasselbe seiner Natur nach und sieht ab von den vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen, so kann man auch zu dem Resultate, welches der Revident erreichen will, nicht gelangen. Haftet, wie hier, die Grundsteuer auf einer zum Hauptgute gehörigen Realberechtigung, so könnte nur das belastete Grundstück, weil dessen Werth durch die Ablösung der Reallast um deren Werth erhöht wird, ferner das Object der Steuer sein, nicht aber das, was für die Ablösung ein für allemal bezahlt wird, eben so wenig, wie im Falle des Verkaufs das Kaufgeld.

Allerdings ist zur Zeit eine gesetzliche Bestimmung, welche diese aus der Natur des Rechtsverhältnisses resultirende Folgerung sanctionirt, nicht gegeben. Aber die vor-

handenen Gesetze unterstützen auch das Verlangen des Revidenten nicht im Mindesten. Denn

1) im §. 3. des Landcultur-Edicts vom 14. September 1811 wurde schon der allgemeine Grundsatz aufgestellt, daß die Staatsabgaben und Lasten niemals ein Hinderniß der Vereinzelung sein, sondern auf die Trennstücke verhältnißmäßig vertheilt werden sollen.
2) §. 156. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7 Juni 1821 bestimmte für den Fall der Abtretung von Grundstücken gegen Rente oder Capital, daß die öffentlichen Lasten auf den Grundstücken verbleiben.
3) §. 66. des Ablösungs-Gesetzes vom 2. März 1850 setzt aber fest:

   Bei Ablösung der Reallasten nach den Bestimmungen dieses Gesetzes findet weder eine Ermäßigung der Abfindung wegen der den pflichtigen Grundstücken auferlegten oder aufzuerlegenden Grundsteuern, noch eine Umschreibung der von den berechtigten Grundstücken für die abgelösten Reallasten zu entrichtenden Steuern auf die verpflichteten Grundstücke statt.

Jedoch verfügt §. 96.:

In Beziehung auf die Communal-Verhältnisse und die Grundsteuern treten außer den Vorschriften des §. 66. durch die Ausführung des gegenwärtigen Gesetzes keine Veränderungen ein. Es bleibt vielmehr die Regulirung dieser Verhältnisse der künftigen Gemeinde-Ordnung und den Gesetzen über die Grundsteuern vorbehalten.

Daher verordnet auch §. 51. des Rentenbank-Gesetzes vom 2. März 1850:

Die Ablösung durch die Rentenbank begründet nicht die

Nothwendigkeit einer neuen Vertheilung der Grundsteuer. (Steuerumschreibung.)

Es ist also — wie in dem Präjudicate Nr. 2633. vom 21. Juni 1855 schon ausgeführt worden — die Regulirung der Grundsteuer- und Communal-Verhältnisse besonderen Gesetzen vorbehalten, nicht aber die für eine abgelöste Berechtigung gezahlte Capital-Abfindung als das Object der Grundsteuer erklärt oder anzusehen. In keinem Falle könnten auch die §§. 460—465. Thl. I. Tit. 20. des A. L. R. die Anträge des Revidenten unterstützen. Dort ist von Forderungen die Rede, für welche das verhypothecirte Grundstück bis zu deren Bezahlung haftet, welche, wenn der Schuldner die für die Abtrennung eines Pertinenzstückes erhaltene Capitalzahlung nicht zur Wiederherstellung der Sicherheit oder zur Abstoßung der zuerst eingetragenen Capitalsposten verwendet, auch vor der Verfallzeit aufgekündigt werden können, weshalb den Gläubigern bis zum Austrage der Sache das abgetretene Pertinenzstück verhaftet bleibt. Um aber diese Bestimmungen auf die Ansprüche des Revidenten und den vorliegenden Fall in Anwendung zu bringen, müßte es in der Macht der Besitzer der Herrschaft Z. stehen, die Grundsteuer und übrigen öffentlichen Lasten, welche der Revident verfolgt, dem Staate und beziehungsweise dem Kreise und der Commune gegenüber, zur Aufhebung durch gänzliche Tilgung oder Ablösung bringen zu können. Bekanntlich aber sind diese Steuern nicht ablösbar. Es würde daher, im directen Widerspruche mit der Cultur-Gesetzgebung des Landes, die Gewährung der Anträge des Revidenten dahin führen, daß die Abtrennung von Pertinenzstücken und die Ablösung von Reallasten durch die Steuer-

Verhältnisse unausführbar, wenigstens auf's Aeußerste erschwert würde.

Auf welche Weise sollte denn für die auf den abgelösten Gerechtsamen liegenden Steuern die Wiederherstellung der Sicherheit, oder mit anderen Worten, des Objects der Besteuerung erfolgen können, als durch eine Aufhebung der Ablösung oder wenigstens der im Gesetze von ihr erwarteten Folgen, wenn der, welcher seine Gerechtsame gegen Capitals-Abfindung aufgegeben hat, dennoch den fünfundzwanzigfachen, den Capitals-Betrag der vorhin darauf haftenden Steuern deponiren sollte, und, da er sie selbst nicht ablösen kann, für immer im Depositorium lassen müßte? Denn auf welche Weise soll denn der Zeitpunkt einer Verwendung des Depositums in die Substanz der Herrschaft Z. eintreten, um das Object der Steuer wiederherzustellen? Grundstücke und Gerechtigkeiten, welche die Besitzer dazu schlagen möchten, würden ebenfalls bei ihrem Erwerbe schon besteuert sein, eine andere Art der Verwendung dürfte aber bei der Beschaffenheit des Besitzthums schwerlich ausführbar, also ein Erkenntniß, wie solches vom Revidenten verlangt und vom Richter erster Instanz abgefaßt ist, bloß ein Depositum verewigen, um die Steuern, welche auf demselben gar nicht haften, aus den Depositalzinsen zu bezahlen. Für eine solche Maaßregel giebt es aber zur Zeit noch kein Gesetz.

Es bedarf daher nur der nochmaligen Zurückweisung auf das schon allegirte Präjudicat vom 21. Juni 1855, um auch die Argumente des Revidenten zu widerlegen, welche er aus der schlesischen Grundsteuer-Verfassung hernimmt, so wie es ihm auch nicht gelungen ist, die Gründe des Appellations-Richters zu beseitigen, welche derselbe in Ansehung der übrigen Ansprüche des Revidenten geltend

gemacht hat. Was aber von dem Revidenten noch über die gutsherrliche Polizeigewalt deducirt worden ist, so findet dies in dem Erkenntnisse vom 19. October 1854 — Entsch. Bd. 28. S. 445. — seine Widerlegung.*)

№ 43.

Bekanntmachung der Cession nach französischem Rechte.

Befugniß des Schuldners zur Zahlung an den Cedenten vor gehöriger Bekanntmachung (signification) der Cession einer Forderung nach französischem Rechte.

Code Napoléon Art. 1690. 1691. und 1295.

In dem Proceß der Eva von N. wider die Erben und Rechtsnachfolger der Andreas und Elisabeth von B., für welche auf dem Gute Jedlec 121,000 Fl. polnisch, d. i. 20,166 Thlr. 20 Sgr., eingetragen waren, handelte es sich um Feststellung der Restschuld, da verschiedene Zahlungen an einzelne Erben der ursprünglichen Gläubiger geschehen, und um Ertheilung der Löschungseinwilligung auf Höhe der gezahlten Summen. Hierbei wurde unter Anderm folgender Punkt streitig:

*) Hierbei ist zu bemerken, daß dieses Erkenntniß vor der Publikation der Gesetze vom 14. April 1856, Ges.-Samml. S. 353 u. 364., ergangen ist.



Die Eva von N. hatte im Jahre 1815 nach drei Reversen des Peter von B., eines der Erben, im Ganzen 7,170 Fl. gezahlt, und zwar in den Beträgen von 5000, 1000 und 1170 Fl. polnisch, worüber er eben jene Reverse als über empfangene Darlehne ausstellte. Dem Peter von B. stand damals überhaupt nur ein Betrag von 7142 6/7 Fl. polnisch zu. Er hatte aber am 21. April 1815 seinen Anspruch an Andreas v. B. abgetreten, von dem er durch weitere Cession an den Franz v. Sk., Erblasser der mitverklagten v. Sk.'schen Kinder, gediehen ist, ohne daß gemäß Art. 1690 des Code Napoléon, welcher zur Zeit der Cession und der Zahlung im Großherzogthum Posen Gesetzeskraft hatte, der Real-Schuldnerin und Besitzerin des Guts Jedlec, Eva v. N., die Cession jemals gehörig significirt, bekannt gemacht worden. Die Verklagten und Widerkläger wollten aber die Anrechnung jener Zahlungen sich nicht gefallen lassen, weil, wie sie in zweiter Instanz unter Eidesdelation behaupteten, der Cedent und der Cessionar die Eva v. N. von der geschehenen Cession in Kenntniß gesetzt, und diese Kenntniß die Stelle der Signification vertrete.

Der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Posen hatte auch in dem Erkenntnisse vom 19. October 1854, das Erkenntniß erster Instanz, des Oberlandes-Gerichts zu Posen, vom 1. Mai 1845 in diesem Punkte abändernd, die Behauptung der Verklagten und Widerkläger für begründet erachtet und war deshalb auf die Eidesdelation eingegangen, indem er sich auf Art. 1295. des Code Napoléon berief.

Auf die Revision der Klägerin, resp. ihres Rechtsnachfolgers, hat der dritte Senat des Ober-Tribunals in der Sitzung vom 9. Juli 1856 insoweit das erste Erkenntniß hergestellt. Die

Gründe
der Entscheidung bei diesem Punkte lauten dahin:

Bei Feststellung des Liquidi ist zunächst der Einwand der Verklagten ad G. und H. zu prüfen, daß der Revident die an Peter v. B. am 28. Juni, 3. October und 14. November 1815 gezahlten Beträge von 7170 Fl. nicht in Anrechnung bringen könne. Die Verklagten leugnen dies, weil dieser Antheil durch den Vertrag vom 21. April 1815 an Andreas v. B. durch Cession gediehen und die Eva v. R. hiervon durch den Cedenten und Cessionar benachrichtigt worden sei. Der Appellations-Richter ist auch dieser Ansicht beigetreten und hat deshalb auf mehrere Eide erkannt, aber mit Unrecht.

Es unterliegt zunächst keinem Zweifel, daß, da die Zahlungen zur Zeit der Geltung des Code Napoléon im Großherzogthum Posen geschehen, die Grundsätze des französischen Rechts entscheidend sind. Die Art. 1690. 1691. des Code Napoléon bestimmen:

1690. Le cessionaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au debiteur. Neanmoins le cessionaire peût être egalement saisi par l'acceptation du transport faite par le debiteur dans un acte authentique.

1691. Si avant que le cedant ou le cessionaire eût signifié le transport au debiteur, celuici avait payé le cedant, il sera valablement liberé.

Nach diesen Vorschriften, welche ihren Ursprung in dem Art. 108. der coutûmes de Paris und der lex. 3. C. de nov. haben, ist es unzweifelhaft Rechtens, daß vor der Bekanntmachung der Cession durch einen huissier, wie bei anderen exploits, also vor Insinuation durch den Gerichts-

diener der Cessionar selbst nach Uebergabe der titres, dem Schuldner gegenüber, nicht in den Besitz der Forderung gelangt, der Schuldner, selbst wenn er Kenntniß hat, dem Cedenten Zahlung leisten muß, und von der Cession keine Notiz nehmen darf, sie für ihn rechtlich unverbindlich ist, und er dem unzweifelhaften Eigenthümer, dem Cedenten, Zahlung leisten darf, und hierdurch rechtlich seine Schuld tilgt.

Aus dem Princip des Art. 1689., dem Gegensatz der Art. 1690. und 1691. folgt nothwendig, daß der Schuldner dem Cedenten vor gehörig geschehener signification, welche nicht durch einen Notar, sondern den huissier erfolgen muß, gültig zahlt, sei es baar oder durch Compensation (Art. 1290. 1295. Code Nap.) Die bloße Wissenschaft, connaissance, des Schuldners von der geschehenen Cession ist in der Regel völlig einflußlos. Auf diese kommt es nur an,

a. bei dem Streite zwischen mehreren Cessionarien,
b. im Falle des Betruges, oder
c. bei Anerkenntniß des Cessionars durch den Schuldner, sei dies ausdrücklich oder stillschweigend geschehen.

Diese Ansicht hat schon Malleville Commmentar III. 6. c. 8. Bd. 3. S. 420., welcher sich auf die allgemeine Praxis, das Erkenntniß des Parlaments von Paris vom 7. Juli 1744, auf Ricard und Rousseau bezieht. Nach Pothier de la vente §. 554 ff. S. 318 ff. (Paris 1806 revue par Bernardi) hat nicht die remise du titre, sondern nur die signification die saisie, die tradition zur Folge.

Uebereinstimmend erklärt Zachariä (Bd. 2. S. 401. 5. Aufl.) die bloße Wissenschaft für völlig gleichgültig, er beruft sich deshalb auf Sirey XI. II. 180. Sir. 49., II. 24. Sir. 40. 1. 197., Bd. 44. 2. 45. Bd. 45. 2. 375., und auf die übereinstimmenden Ansichten von Delvincourt, Fer-

riers, Brodeau. Ganz besonders klar entwickelt Duvergier im Droit civil par Touillier Cont.Bd. 17. (Paris 1835) S. 216 ff. übereinstimmend, daß die Insinuation nur durch den huissier gültig geschehen könne, daß vor der signification dem Cedenten die Zahlung nicht verweigert werden darf und daß vorher auch Compensation gültig mit dem Cedenten erfolgen könne, (Art. 182. 192. 193. 197. Arrêt de la cour de cassation vom 4. December 1827 Sirey Bd. 28. 1. 42.), daß namentlich die connaissance in der Regel, abgesehen von der oben gedachten, hier nicht vorliegenden Ausnahme, völlig gleichgültig ist — Art. 208. 210. 216. — Er zeigt zugleich, daß die entgegengesetzte, von Troplong de la Vente, S. 448. (1841) aus dem Arrêt des Cassationshofes vom 13. Juli 1831 hergeleitete Ansicht, daß auch eine indirecte Kenntniß die signification vertrete, auf Mißverständniß des Arrêt beruhe, wie denn Troplong zugiebt, daß die Nothwendigkeit der signification schon aus Art. 1141. des Code civil und dem Bedürfniß, Simulationen zu verhüten, folge, auch gemeinen Rechts gewesen, wofür er Pothier, Loisset, Ferriers, Bourjon und die Coutoumes de Paris anzieht, daß sie nur durch den huissier erfolgen könne, erst das Eigenthum übertrage und daß dann erst der Schuldner dem Cessionar gültig zahlen könne. — (Art. 900. 902. 918.) Er beruft sich hinsichtlich jenes Zweifels zwar noch auf Chopin und Balde, indeß kömmt es bei der Klarheit der gesetzlichen Bestimmungen, der überwiegenden Ansicht der Theorie um so weniger darauf an, als auch die französische Praxis und die des rheinischen Appellations-Gerichts die richtige Ansicht befolgt.

Dies ergiebt auch das Werk von Gilbert (Paris 1851, les codes annotés pe Sirey), der sich darüber, daß die simple

connaissance nicht genüge, auf (Sirey Bd. 40. 1. 197. 17. März 1840 Rey beruft.

Die Entscheidungen Sirey Bd. 42. 457. 13. Juli 1831. Rey (C. N. 9. 2. 141.) 25. Januar 1832. Rey, Sirey 33. 1. 347. beziehen sich auf besondere Fälle und Umstände, welche die Regel nicht alteriren, und dasselbe gilt von den Fällen, — Sirey Bd. 49., 1. Bd. 48. II. 25. — welche Zachariä erwähnt. Es bestätigen die Regel die Entscheidungen des Cölner Appellhofes vom 30. April 1826 (A. 9. p. 153.) 29. Mai 1826 (ib. p. 197), 28. August 1828 (A. 12. 128), 17. August 1843 (Arch. 36. 1. 126.) 30. Juni 1847 (Arch. 42. 1. 181.)

Mit Unrecht beruft sich der Appellations-Richter auf Art. 1295. des Code, da die Eva v. N. die Cession keinesweges acceptirt hatte und eine signification nach Art. 1690. des Code nicht geschehen war.

Demgemäß sind die von der Eva v. N. an Peter v. B. geleisteten Zahlungen resp. Compensationen gültig geschehen. Die Fälligkeit der Gegenforderungen ist übrigens jedenfalls im Laufe des Processes eingetreten, und da eine Insinuation der Cession nicht geschehen, muß das Recht der Klägerin, diese im Jahre 1815 geleisteten Zahlungen an Peter v. B. auf dessen Erbrate abzurechnen, demgemäß anerkannt werden, jedoch nicht im Betrage von 7170 Fl. sondern nur von 7,142$^{6}/_{7}$ Fl., als dem Betrage des Erbtheils.

№ I.

Berechnung von Proceßfristen während der Erndteferien.

Die Fristen zur Einführung und Rechtfertigung der eingelegten Rechtsmittel, so wie zu deren Beantwortung, deren Endpunkt in die, durch die Ferien-Ordnung vom 16. April 1850 eingeführten Erndte-Ferien fallen würde, laufen in nicht schleunigen Proceßsachen erst mit dem Ende der Ferien ab, wenn auch auf ihre Verlängerung nicht ausdrücklich angetragen ist. Präj. 2670.

Verordnung über das Verfahren in Civil-Processen vom 21. Juli 1846 §§. 17. 20. (Ges. Samml. S. 291.)
Ferien-Ordnung für die Gerichte erster und zweiter Instanz vom 16. April 1850 §. 2. (Justiz-Min.-Bl. S. 129.)

In der Ferien-Ordnung für die Gerichte erster und zweiter Instanz vom 16. April 1850 enthält §. 1. die Bestimmung der Gerichtsferien in der Erndtezeit auf die sechs Wochen vom 21. Juli bis 1. September und §. 2. folgende Festsetzungen:

I. Während der Ferien ruht der Betrieb aller nicht schleunigen Sachen, sowohl in Bezug auf die Abfassung der Erkenntnisse, als auf die Decretur und die Abhaltung der Termine. Die Parteien und Rechts-Anwälte haben sich daher während der Ferien in dergleichen Sachen aller Anträge und Gesuche zu enthalten. Schleunige Gesuche müssen als solche begründet

und als „Ferien-Sache" bezeichnet werden. Gehen andere Gesuche ein, so werden sie zwar präsentirt und in das Journal eingetragen, die Gerichte sind jedoch nicht verpflichtet, dieselben während der Ferien zu erledigen.

II. Die vor dem Beginne der Ferien beschlossenen Erkenntnisse und erlassenen Verfügungen müssen auch während der Ferien abgefertigt werden.

III. Hinsichtlich der Termins-Verhandlungen ist darauf Bedacht zu nehmen, daß die Termine, deren Anberaumung vor den Ferien verfügt ist, jedenfalls im Laufe der auf den Schluß der Ferien folgenden nächsten vier Wochen abgehalten werden.

IV. Proceßfristen in Civil- und Strafsachen, deren Festsetzung von dem Richter abhängt, sind, soweit es innerhalb der im Gesetze bestimmten Grenzen geschehen kann, so abzumessen, daß sie erst nach den Ferien ablaufen. Proceßfristen, welche das Gesetz zwar hinsichts ihrer Dauer fest bestimmt; deren Verlängerung jedoch, wenngleich unter Einschränkungen, dem Richter gesetzlich gestattet ist, sind auf Antrag der Partei zu verlängern, wenn der Endpunkt der Frist in die Ferien fällt.

V. In Betreff der Executions-Vollstreckungen behält es bei der Vorschrift des §. 4. der Verordnung über die Execution in Civil-Sachen vom 4. März 1834 (Ges. Samml. S. 32.) sein Bewenden.

Ueber die Anwendung und Auslegung der Bestimmung, welche vorstehend mit IV. bezeichnet ist, hat sich eine Verschiedenheit der Ansichten beim Ober-Tribunal ergeben. Der vierte Senat hat in dem Erkenntnisse vom 12. September 1854 — abgedruckt in den Entscheidungen Bd. 29. S. 227. — das Appellations-Urtel vernichtet, weil der

Appellations-Richter die Einführungsfrist während der Erndteferien für abgelaufen erachtet und den Endpunkt nicht bis zu deren Schlusse verlängert hatte, und hat das Präjudiz 2546. eintragen lassen, welches wie der Beschluß in der Ueberschrift lautet. Dagegen ist in einem ganz ähnlichen Falle vom zweiten Senate die Nichtigkeits-Beschwerde für unbegründet erachtet und das Gegentheil angenommen, weil das Präjudiz des vierten Senats und dessen Begründung der ganz bestimmten Fassung der Vorschrift des §. 2. der Ferien-Ordnung vom 16. April 1850 entgegen sei, und nach derselben nur der Antrag der Partei eine Verlängerung der Frist begründe, es folglich ohne solchen bei der Regel bleiben müsse, ferner bei den klaren Worten dieser Bestimmung — oben mit IV. bezeichnet — eine Prüfung ihres Verhältnisses zu der Anordnung zu I. selbige nicht beseitigen könne, endlich der Fall eines Antrags auf Verlängerung der Frist, welcher schon vor Beginn der Ferien formirt worden, zum Gegenstande einer Bestimmung in der Ferien-Ordnung nicht angethan, noch nach der Fassung vorausgesetzt etachtet werden könne.

Die Enscheidung dieses Conflicts ist daher dem Plenum des Ober-Tribunals überwiesen, von demselben die Meinung des vierten Senats adoptirt und in der Sitzung vom 7. Juli 1856 der oben abgedruckte Beschluß gefaßt.

Gründe.

Zu denjenigen Proceßfristen, welche — nach dem Ausdrucke der oben mit IV. bezeichneten Bestimmung des §. 2. der Ferien-Ordnung — das Gesetz zwar hinsichts ihrer Dauer fest bestimmt, deren Verlängerung jedoch, wenn gleich unter Einschränkungen, dem Richter gesetzlich gestattet ist, gehören Inhalts der §§. 17. und 20. der Verordnung vom 21. Juli 1846 auch die Fristen zur Einführung und Be-

antwortung des gegen das Erkenntniß erster Instanz eingelegten Rechtsmittels der Appellation.

Die Verordnung vom 21. Juli 1846 bestimmt im §. 17., daß die Frist nur aus Hinderungsgründen, die in der Sache selbst liegen, angemessen verlängert werden könne. Es muß daher in dem vom Königlichen Justiz-Ministerium erlassenen Reglement, der Ferien-Ordnung vom 16. April 1850, bei der fraglichen Bestimmung im §. 2. angenommen sein, daß ein solcher Hinderungsgrund vorhanden sei. Dieser Hinderungsgrund ist nun auch unbedenklich durch die Einführung der Ferien selbst geschaffen, deren bestimmte Folgen in Ansehung der Behandlung der nicht schleunigen Sachen während der Ferien jede einzelne Sache treffen müssen. Ein in der Sache liegender Hinderungsgrund wird überhaupt nicht erst durch den Antrag der Partei auf Fristverlängerung hervorgebracht und der hier vorliegende Hinderungsgrund kommt nicht einmal durch den Antrag der Partei erst zur Kenntniß des Richters, sondern er ist ihm schon vorher bekannt. Er muß daher auch ohne Antrag der Partei seine Wirkung äußern, und deshalb kann schon aus diesem Grunde auf die Worte in der Ferien-Ordnung a. a. O. „auf Antrag der Partei" ein solches Gewicht, wie die neuere Meinung will, nicht gelegt werden.

Die Vorschrift des §. 2. der Ferien-Ordnung, welche oben mit I. bezeichnet ist, und hiernach die Natur der Sache, bedingt das Ruhen nicht schleuniger Sachen während der Ferien, und daraus folgt weiter, daß die präclusivische Frist selbst nur unter der Voraussetzung gedacht werden könne, daß die Thätigkeit des Gerichts nicht suspendirt worden. Auch ist keinesweges eine gesetzliche Vorschrift vorhanden, welche bestimmt dahin gerichtet wäre, daß die in Rede ste-

henden Fristen auch während der Ferien laufen sollen. Eben so enthält die, nach der im Eingange erfolgten Bezugnahme auf die Allerh. Cabinets-Ordre vom 24. August 1837 als Geschäfts-Instruction angesehene, Ferien-Ordnung in Ansehung der fraglichen Fristen nur für den Fall, wenn von der Partei ein Antrag auf Verlängerung erhoben wird, die folgerechte Entscheidung: daß dieser Antrag zu berücksichtigen, auch ohne besonders motivirt zu sein. Denn der in der Sache selbst liegende, dem Gericht bekannte, Hinderungsgrund besteht eben in den Ferien. Aber nicht ist in der Ferien-Ordnung über den Einfluß der Ferien auf den Lauf der fraglichen Fristen nach allen Richtungen hin eine erschöpfende Bestimmung getroffen oder beabsichtigt. Die Beurtheilung ist vielmehr hiernach auch für die Fälle, wo eine Verlängerung der fraglichen Fristen von den Parteien nicht besonders nachgesucht worden, der Endpunkt der Fristen aber in die Ferien fällt, lediglich den Gerichten verblieben, die Beantwortung der vorliegenden Frage ein Gegenstand der Ausbildung durch die Praxis der Gerichte geworden.

Wenn nun eine Entscheidung durch die Ferien-Ordnung dem Grundsatze, welcher in dem Präjudiz 2546. schon angenommen war, in keiner Weise entgegen gestellt werden kann, so konnte die, wesentlich auf die Fassung der Ferien-Ordnung gestützte, entgegengesetzte neuere Meinung nicht Platz greifen, vielmehr mußte es gerechtfertigt erscheinen, aus vorstehenden Gründen die in Rede stehenden Proceßfristen auch ohne Antrag der Parteien bis zum Ablaufe der Erndteferien verlängert zu achten.

№ 44.

Protestation wegen nicht empfangener Valuta. Wirkung ihrer Löschung im Hypothekenbuche.

Ob eine rechtzeitig im Hypothekenbuche erfolgte Eintragung einer Protestation, wegen nicht empfangener Valuta einer Hypothek, ihre Wirkung behält, wenn sie auch in Folge der später erschienenen Hypotheken-Novelle vom 24. Mai 1853 auf einseitigen Antrag des Gläubigers wieder gelöscht worden ist?

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 738.

Gesetz, betreffend einige Abänderungen der Hypotheken-Ordnung v. 24. Mai 1853 (Ges. Samml. S. 535.) §. 49.

Für den Kaufmann A. war auf Grund des ihm von den Eheleuten F. ausgestellten Schuldinstruments ein Darlehn von 300 Thlr. nebst Zinsen und Kosten auf dem Colonat der gedachten Eheleute eingetragen, hierbei jedoch rechtzeitig nach deren Antrage, gemäß §. 738. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. eine Protestation wegen nicht vollständig empfangener Valuta vermerkt worden. Dieselbe wurde nach dem Erscheinen der Hypotheken-Novelle vom 24. Mai 1853 auf einseitigen Antrag des Gläubigers wieder gelöscht, weil bis dahin eine Requisition des Proceß-Richters um Aufrechterhaltung der Protestation, gemäß §. 49. a. a. O., bei dem Hypotheken-Richter nicht eingegangen war.

Von dem Gläubiger hierauf wegen Rückzahlung der gekündigten Hypothek belangt, setzten die Schuldner demselben den Einwand nicht vollständig erhaltener Valuta entgegen und suchten gegen den Kläger auszuführen: daß mit

Eintragung der Protestation dem betreffenden Schuld- und Hypotheken-Instrument jede Beweiskraft in Betreff des darin enthaltenen Valuten-Bekenntnisses entzogen, diese Wirkung auch durch die in Folge des Gesetzes vom 24. Mai 1853 erfolgte Löschung der Protestation nicht aufgehoben, letztere vielmehr zur Ungebühr erfolgt und demgemäß Kläger nach wie vor zu dem Beweise verpflichtet sei: den vollen Betrag der eingetragenen Forderung und nicht bloß 77 Thlr und 3 Thlr. 16 Sgr. 6 Pf. Kosten, deren Empfang resp. Verauslagung sie für richtig anerkannten, als Darlehn gegeben zu haben. Im Widerspruch mit dem Kläger beantragten sie daher: denselben mit den mehr geforderten 223 Thlr. nebst Zinsen abzuweisen, wurden aber mit diesem Antrage zurückgewiesen und durch die gleichlautenden Urtel, des Kreisgerichts zu Warendorf und des Appellations-Gerichts zu Münster, vom 28. Juni und 21. December 1855 zur Zahlung der vollen wider sie eingeklagten Summe von 300 Thlr. nebst Zinsen und 3 Thlr. 16 Sgr. 6 Pf. Kosten, ohne weitere Beweisaufnahme, verurtheilt.

Auf die Richtigkeits-Beschwerde der Verklagten ist die Entscheidung des Appellations-Richters von dem dritten Senate des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 2. Juli 1856 vernichtet und das Erkenntniß erster Instanz nur in Betreff der unstreitigen 80 Thlr. 16 Sgr. 6 Pf. nebst Zinsen bestätigt, hinsichts der Mehrforderung des Klägers von 223 Thlr. dagegen Beweisaufnahme über die streitige Zahlung der Valuta nach den beiderseitigen Vor- und Anträgen der Parteien veranlaßt und zu diesem Ende, so wie zur anderweiten Entscheidung, die Sache an den ersten Richter zurückgewiesen worden.

G r ü n d e.

Der Appellations-Richter verkennt nicht, daß einem

zur Eintragung im Hypothekenbuche gebrachten Schuld-Instrumente durch rechtzeitigen — innerhalb 38 Tagen nach der Eintragung — im Hypothekenbuche erfolgten Vermerk der Protestation wegen nicht gezahlter Valuta jede Beweiskraft in Betreff des darin enthaltenen Valuten-Bekenntnisses entzogen und es damit ganz in die Lage vor seiner Eintragung zurückgebracht werde, in welcher ihm selbst die Vermuthung für die Richtigkeit seines Inhalts und dieses Bekenntnisses, wie sie ihm sonst gesetzlich — §§. 732. 733. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. — beigelegt ist, nicht zur Seite steht. A. L. R. §§. 738. 739. a. a. O., vergl. Plenar-Beschluß vom 5. December 1853. (Entsch. Bd. 26. S. 193 ff.)

Der Appellations-Richter erachtet jedoch diese Wirkung des protestativischen Vermerks im vorliegenden Falle für beseitigt, weil — wie er unangefochten feststellt — die bezüglich der eingeklagten Hypothekenforderung auf Antrag des Schuldners nach §. 738. a. a. O. rechtzeitig eingetragene Protestation, gemäß §. 49. der Hypotheken-Novelle vom 24. Mai 1853, und zwar sechs Monate nach deren Gesetzeskraft, wieder gelöscht worden sei. Derselbe ist der Meinung, daß diese Löschung — wenngleich vom Hypotheken-Richter auf einseitigen Antrag des klagenden Gläubigers und ohne vorgängige Verwarnung der Verklagten vorgenommen — völlig gesetzmäßig erfolgt, die Folge davon aber die sei, daß der §. 732. a. a. O. wieder zur Geltung komme, und den Kläger des Beweises, daß Valuta gezahlt worden, überhebe.

Imploranten bezeichnen diese Argumentation als rechtsverletzend und es muß ihnen hierin beigepflichtet werden. Allerdings bestimmt der §. 49. der Hypotheken-Novelle:

daß eine auf Instanz des Schuldners eingetragene Pro-

testation wegen nicht gezahlter Valuta mit dem Ablaufe von sechs Monaten auf den Antrag eines dabei Betheiligten wieder zu löschen sei, wenn bis dahin eine Requisition des Proceß-Richters über deren Aufrechterhaltung nicht eingeht.

Auch kann man dem Appellations-Richter zugeben, daß für Löschungen in Gemäßheit dieser Bestimmung schon der Antrag des Gläubigers ausreiche, es auch einer vorgängigen comminatorischen Benachrichtigung des Protestanten, wie sie der §. 43. der Hypotheken-Novelle für die Löschung von Protestationen pro conservando loco (Tit. II. §. 18. der Hypotheken-Ordnung) vorschreibt, nicht bedürfe.

Der Appellations-Richter geht aber zu weit, wenn er die Bestimmung im §. 49. der Novelle auf den vorliegenden Fall einer noch vor ihrer Emanation und Geltung eingetragenen Protestation wegen nicht gezahlter Valuta überhaupt für anwendbar erklärt. Durch die Eintragung der Protestation innerhalb der gesetzlichen Frist hat sich der Verklagte nach den damals bestehenden Gesetzen, den Einwand der nicht empfangenen Valuta, dergestalt für immer gesichert, daß diese Wirkung wider seinen Willen nur durch ein ihn zur Löschung verurtheilendes Judicat beseitigt werden konnte. Durch die Eintragung der Protestation war daher das Verhältniß zwischen dem Verklagten und Kläger in Bezug auf die in Rede stehende Forderung vor dem Erscheinen des Gesetzes vom 24. Mai 1853, nach den damals bestehenden Gesetzen rechtlich festgestellt. Der Appellations-Richter, welcher dessenungeachtet den §. 49. dieses Gesetzes auf den vorliegenden Fall anwendet, verstößt daher nach der richtigen Hinweisung der Imploranten gegen den obersten Grundsatz — §. 14. der Einleitung zum A. L. R. — nach welchem

neue Gesetze auf schon vorhin vorgefallene Handlungen
und Begebenheiten nicht angewendet werden sollen, —
eine Regel, auf welche auch das hier Platz greifende Publications-Patent vom 9. September 1814 (Ges. Samml. S. 89.) §. 3. ausdrücklich verweiset.

Wenn der Appellations-Richter die Anwendung dieser Regel für ausgeschlossen erachtet, weil in den Publications-Patenten vom 5. Februar 1794, 15. November 1816 und 21. Juni 1825, §§. 12. resp. 19. bestimmt sei:

daß bei Verjährungen und anderweitigen im Allg. Landrecht vorgeschriebenen Fristen, deren bisherige gesetzmäßige Dauer mit der Einführung des Allg. Landrechts noch nicht abgelaufen sei, die Vorschriften des A. L. R. befolgt werden sollen,

und sich hierin das zur analogen Anwendung auf den vorliegenden Fall geeignete Princip anerkannt finde:

daß die durch ein Gesetz veränderten oder neu eingeführten Verjährungen und Fristen auch auf die schon vor dem neuen Gesetze entstandenen Rechtsverhältnisse Anwendung fänden, —

so muß auch diese Argumentation für rechtsverletzend erklärt werden. Denn abgesehen davon, daß für den vorliegenden Fall nicht die obgedachten Patente, sondern die Bestimmungen des Publications-Patents vom 9. September 1814 maaßgebend sind, ist auch die aus den Patenten vom 15. September 1816 und 21. Juni 1825 hergenommene Analogie nicht zutreffend. Zwar ist in dem zuletzt gedachten Patente bestimmt:

daß auch da, wo in dem Allg. Landrechte für gewisse Handlungen außer dem Proceß-Verfahren, Fristen vorgeschrieben sind, bei deren Berechnung dieselben Grundsätze,

wie bei Verjährungen in Anwendung gebracht werden sollen. —

Diese Bestimmung bietet indessen keine Analogie für den vorliegenden Fall, da von einer solchen doch eben nur dann die Rede sein könnte, wenn schon das Landrecht eine Frist, binnen welcher der Einwand geltend gemacht werden muß, vorgeschrieben, und das Gesetz vom 24. Mai 1853 diese Frist verkürzt oder verlängert hätte.

Es spricht aber auch die ganze Fassung des §. 49. der Novelle im Vergleich mit den §§. 43 ff. ebendaselbst gegen die Absicht des Gesetzgebers, den ersteren, gleich den §§. 43 ff. auch auf schon früher, — vor Emanation des Gesetzes — eingetragene Protestationen bezogen zu sehen, und wird auch dadurch in Uebereinstimmung mit dem allgemeinen im §. 14. der Einleitung zum Allg. Landrecht ausgesprochenen Princip die Tendenz des Gesetzes bestätigt, in dieser Beziehung nur pro futuro, nicht pro praeterito zu disponiren.

Der Appellations-Richter hat sich daher mit der entgegengesetzten Argumentation und seiner hierauf gegründeten Entscheidung in der That einer Verletzung des §. 49. der Novelle und der übrigen von ihm zur Hülfe genommenen Bestimmungen durch irrige Auslegung und Anwendung schuldig gemacht. Seine Entscheidung mußte deshalb vernichtet, in der Sache selbst aber das erste Erkenntniß theils bestätigt, theils interlocutorisch erkannt werden.

№ 45.

Vertrag über die Ausführung eines Kunstwerks nach einem vor dem Bestellen gefertigten und gelieferten Modelle.

In wiefern ist ein solcher Vertrag nach den Grundsätzen von Verträgen über verdungene Arbeiten §§. 895 ff. 920 ff. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. oder von Verträgen über ein verdungenes Werk §. 925 ff. ebendaselbst zu beurtheilen?

Ist derjenige, der nach einem gegebenen Modelle die Ausführung des Kunstwerks in einem anderen Stoffe übernommen hat, bis zur Ablieferung des vollendeten Kunstwerks an den Besteller, als Eigenthümer desselben anzusehen?

Einfluß des Eigenthums an dem zum Kunstwerke verwendeten Materials und des Gesetzes vom 11. Juni 1837 über den Schutz des artistischen Eigenthums auf die Beurtheilung dieser Fragen.

Der Bildhauer Professor D. hat das Modell zu einer großen Vase gearbeitet, die nach demselben in Erz ausgeführt werden sollte. Auf dem Modell sind die Reliefs von dem Denkmale Königs Friedrich Wilhelm des Dritten im Thiergarten, dessen Verfertiger D. ist, angebracht. Durch Vertrag vom 25. October 1853 und Nachtrag vom 30. März 1854 verpflichtete sich der Erzgießer W. gegen D., die Vase nach dem Modelle in Bronce zu gießen und kunstgerecht zu ciseliren, wogegen ihm für Materialien und Ar-

heit eine Vergütung von 3040 Thlr. zugesichert wurde, die zum Theil während der Arbeit, der Rest bei der vertragsmäßigen Ablieferung des Werkes gezahlt werden sollte. Auf Grund dieses Vertrages hat W. den Guß der Vase nach dem ihm ausgehändigten Modelle vorgenommen. Während er mit der Ciselirung des Erzgusses beschäftigt war, ist derselbe auf Antrag mehrerer seiner Gläubiger bei ihm in gerichtlichen Beschlag genommen. Um den öffentlichen Verkauf zu hindern, hat D. gegen die extrahirenden Gläubiger und den W. Klage mit dem Antrage erhoben, daß Erstere nicht für befugt zu erachten, wegen ihrer Forderungen an W. die öffentliche Versteigerung der Vase zu verlangen. Zu dem Widerspruch dagegen hält sich D. hauptsächlich für berechtigt, weil ihm nach dem Gesetze vom 11. Juni 1837 zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung (Ges. Samml. 1837 S. 165.) ein geistiges Eigenthum an den zu dem jetzigen Werke benutzten Reliefs des Denkmals, an dem Modelle und an der noch unvollendeten Vase zustehe. Ueberdies macht er geltend, daß er contractlich während der Arbeit einen beträchtlichen Theil der Vergütung an W. bezahlt habe, der von demselben zur Anschaffung des Materials und zur Bestreitung von Arbeitslöhnen für das Werk wirklich verwendet sei.

Verklagte erachteten die Beschlagnahme und den künftigen Verkauf des Werks für gerechtfertigt. Sie wandten ein, daß nach den Vorschriften von Verträgen über ein verdungenes Werk, die hier zur Anwendung kommen müßten, W. als Eigenthümer des Werks anzusehen sei, da er dazu die Materialien und die Arbeit geliefert, und es an den Besteller D. noch nicht übergeben habe. Sie bestritten die Anwendbarkeit des Gesetzes vom 11. Juni 1837, behaupte-

ten auch, daß D. alle etwa aus demselben herzuleitenden ausschließlichen Rechte verloren haben würde, weil er schon mehrere Exemplare der Vase verkauft habe, ohne die im Gesetze zur Sicherung des geistigen Eigenthums vorgeschriebene Anzeige bei dem obersten Curatorium der Künste gemacht zu haben.

Durch das in erster Instanz ergangene Urtel des Kgl. Stadtgerichts zu Berlin vom 11. Juli 1855 ist Kläger abgewiesen. Es wird darin ausgeführt, daß das Gesetz vom 11. Juni 1837 hier keine Anwendung leide, weil die Reliefs der Vase bereits früher an dem Denkmale des Königs veröffentlicht wären. Die Vorschriften des elften Titels von Verträgen über Handlungen wären die passenden. Nach ihnen sei W. als Eigenthümer des Erzgusses bis zu dessen Ablieferung an D. anzusehen, und dem Letzteren nur ein persönliches Recht an W. auf Erfüllung des Contractes beizumessen, welches der Beschlagnahme und dem Verkaufe der Vase durch die Gläubiger des W. nicht entgegenstehe.

Das Kammergericht hat durch Erkenntniß vom 17. December 1855 diese Entscheidung abgeändert und die Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt. Der Appellations-Richter hat sich hauptsächlich auf das Gesetz vom 11. Juni 1837 gegründet und angenommen, daß dem D. ein geistiges Eigenthum und ausschließliches Recht an der Vase, als einem Kunstwerke, zustehe. Er ist aber auch der Meinung, daß nach den allgemeinen Grundsätzen von Verträgen über Handlungen die obschon noch unvollendete und noch nicht abgelieferte Vase ein Eigenthum des D. sei, aus dem die Gläubiger des W. ihre Befriedigung nicht suchen könnten.

Auf die Revision der Verklagten hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 18. Juni 1856 auf Bestätigung des zweiten Urtels erkannt, aus folgenden

Gründen.

Für die Entscheidung erscheint es erheblich, ob Kläger oder W. als Eigenthümer der in Beschlag genommenen Vase zu erachten. Kläger erhebt gegen den von den Gläubigern des W. Behufs ihrer Befriedigung beabsichtigten öffentlichen Verkauf der Vase Widerspruch. Er würde dazu nicht berechtigt sein, wenn dem W. daran das Eigenthum, ihm nur aus dem Contracte persönliche Rechte gegen W. auf deren Vollendung und Ablieferung zuständen.

Verklagte wollen den Vertrag zwischen dem Kläger und W. als einen Vertrag über ein verdungenes ganzes Werk, den Kläger als Unternehmer, den W. als Werkmeister beurtheilt wissen. Aus den Vorschriften für Contracte dieser Art — §. 925 ff. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. — leiten sie ein Eigenthum des W. an der streitigen Vase her, da diese zwar gegossen, aber noch nicht in der Arbeit vollendet und dem Kläger abgeliefert ist.

Für diese Ansicht scheinen auch bei dem ersten Anblick einzelne Bestimmungen des Vertrages zu sprechen. W. hat es übernommen, die Vase zu gießen, sie kunstgerecht zu ciseliren, und die Bronce dazu zu liefern. Für Material und Arbeiten ist ihm eine Vergütung in Pausch und Bogen festgesetzt. Sie sollte theils während der Arbeiten, theils bei Ablieferung der Vase, wenn Guß und Ciselirung gut befunden würden, bezahlt werden. Nach der Art und dem Umfange der Arbeiten ist als die beiderseitige Absicht vorauszusetzen, daß W. sich dabei fremder Gehülfen und Arbeiter bedienen dürfe, obschon dies im Contract nicht ausdrücklich vorbedungen ist. Alle diese Umstände sind indeß für die rechtliche Natur des Geschäfts nicht entscheidend. Es ist vielmehr näher darauf einzugehen, worin das Werk

bestand, welches gefertigt werden sollte, und welche Leistungen des W. der Contract zum Gegenstande hatte.

Das zu schaffende Werk bestand in der Vase aus Erz. Es war für sie eine eigenthümliche äußere Gestalt mit den Reliefs auf dem Standbilde König Friedrich Wilhelm des Dritten im Thiergarten bestimmt. Um sie in Erz hervorzubringen war ihre vorgängige plastische Darstellung in einem Modelle aus einem geeigneten bildsamen Stoffe erforderlich, nach welchem die Form zum Gusse und die Ciselirung gearbeitet werden mußte. Inhaltlich des Contracts hatte Kläger das Modell zu liefern, Verklagter nach demselben den Guß und die Ciselirung vorzunehmen. Solchergestalt haben beide, Kläger und W., durch ihre Thätigkeit zu dem Werke — der Vase — mitgewirkt. Die Arbeit des Klägers dazu war eine für das Werk nothwendige und wesentliche, weil in dem Modell die ganze äußere Form und Gestalt der Vase ausgedrückt war, und in ihr mit den darauf angebrachten Reliefs die artistische Eigenthümlichkeit des Werks hauptsächlich beruht. Es können deshalb die Arbeiten beider, die sich einander anschließen und ergänzen, und aus deren Verbindung mit einander das Werk hervorgehen sollte, nicht als zwei verschiedene getrennte Werke, Guß und Ciselirung nicht als ein besonderes, selbstständig für sich bestehendes Werk betrachtet werden. Bilden sie aber ein Gesammtwerk, so folgt weiter, daß dem W. nicht ein ganzes Werk, sondern eine bestimmte Arbeit zu einem ganzen Werke in Verdung gegeben, daß ferner in Beziehung auf letzteres sein Verhältniß nicht als das eines Werkmeisters im Sinne der §§. 925 ff. a. a. O. aufzufassen ist.

Dies Ergebniß führt zu der Frage, wer von beiden, W. oder Kläger, nach dem Inhalt und den Umständen des vorliegenden Vertrages als der eigentliche Erzeuger des

Werks anzusehen ist, wenn dazu beide durch ihre Thätigkeit mitwirkten. Als solcher muß, worüber nicht füglich ein Bedenken obwalten kann, Kläger gelten. Denn er ist nicht bloß Urheber des Modells zur Vase, sondern auch der Reliefs des Denkmals, welche er auf der Vase wiedergab. Er hat den W. gegen eine Geldvergütung zu bestimmten Arbeiten für sein Werk, znr Darstellung des Modells in Erz, gedungen. Zu diesen Arbeiten hatte er ihm in dem Modelle eine ganz specielle Vorschrift gegeben, von der W. nicht abweichen durfte. Kläger war mithin der Besteller von, der Art und dem Umfange nach, genau vorgezeichneten Arbeiten, W. das Werkzeug, dessen Thätigkeit und Geschicklichkeit er sich bedient hat, um den in der Nachbildung des Modells in Erz bestehenden Theil der zum Kunstwerke überhaupt erforderlichen Arbeiten auszuführen. Es kann zugegeben werden, daß die fraglichen Arbeiten mehr zu den künstlerischen, als zu den gewöhnlichen gehören. Darauf kommt es indeß nicht an, indem auch Verträge mit Künstlern nicht unbedingt nach den Vorschriften über ein ganzes Werk — §. 925 ff. ebendas. — sondern nach Beschaffenheit der von ihnen zu leistenden Handlungen nach den Vorschriften §. 920 ff. ebendas. zu beurtheilen sind.

Diesen Verhältnissen gemäß, würde die streitige Frage über das Eigenthum an der Vase zu Gunsten des Klägers, als des Bestellers einzelner Arbeiten, nicht des ganzen Werks, zu entscheiden sein, wenn nicht noch in Betracht käme, daß W. die Bronce zum Guß der Vase hergegeben hat. Er hatte sie nach dem Contracte für eigene Rechnung anzuschaffen, und erhielt für dieselbe und seine Arbeiten durch das vereinbarte Pausch-Quantum Vergütung. Die von W. gedungenen Arbeiten bestanden somit in einer Verarbeitung eigenen Materials. Die Verarbeitung ist noch

nicht vollendet, aber doch soweit vorgeschritten, daß der Rohstoff bereits durch den Guß in eine andere Sache von verschiedener Art und Gestaltung — die gegossene Vase — umgewandelt ist. Die Gesetze enthalten keine ausdrücklichen Vorschriften darüber, ob bei Verträgen, welche die Verarbeitung eines Rohstoffes zum Gegenstand haben, der Eigenthümer des Rohstoffes Eigenthümer der aus demselben hervorgegangenen neuen Sache bis zu deren Vollendung und Ablieferung an den Besteller der Arbeit bleibt. Da das Rechtsverhältniß auf Verträgen beruht, die in der mannigfaltigsten Art und von verschiedener rechtlicher Bedeutung vorkommen können, so läßt sich dafür auch nach allgemeinen Grundsätzen keine unbedingt für alle Fälle geltende Regel aufstellen. Es kommt vielmehr in jedem concreten Fall auf die Eigenthümlichkeit und das Wesen des vorliegenden speciellen Vertrages an. In dem jetzigen erscheint ein Schluß von dem Eigenthum an dem Material auf das Eigenthum an der daraus verarbeiteten Vase nicht gerechtfertigt. Es handelt sich hier um die Hervorbringung eines Original-Kunstwerks für den Künstler, zu dem W. durch seine Arbeiten Hülfe leisten sollte. Der Vertrag geht nun weiter und bestimmt, daß er außer seinen Arbeiten auch eigene Rohstoffe zu dem Werke verwende. Durch die verabredeten Verwendungen aus seinem Eigenthum in das Werk wird der Character des Geschäfts nicht nothwendig verändert. Im Verhältniß zu dem Original-Kunstwerke erscheint der aus unedlem Metall bestehende Stoff nur als die Nebensache, die mit ersterem, als der Hauptsache, in Verbindung gebracht wurde. Es begründet keinen wesentlichen Unterschied, daß Kläger dem W. nicht den Auftrag ertheilt hat, den Rohstoff für ihn in seinem Namen und auf seine Rechnung anzukaufen, in welchem Falle W. denselben für den

Kläger erworben haben würde, sondern nach der Verabredung W. den Rohstoff zu liefern und sofort für den Kläger zu verarbeiten hatte. Erheblicher würde der Unterschied sein, wenn der Vertrag nicht auf Lieferung des Rohstoffes, sondern auf Lieferung einer fertigen Vase gegangen und mithin anzunehmen wäre, daß W. die Vase zwar auf Bestellung aber im eigenen Interesse und Nutzen gefertigt habe, um durch deren Ueberlassung an Kläger seine dazu verwendeten Materialien und Arbeiten vortheilhafter zu verwerthen. In dieser Art kann aber der Sinn des Vertrages und die Absicht der Contrahenten nicht aufgefaßt werden. Hiergegen spricht auch der Umstand, daß sich Kläger nach dem Fortschritte der Arbeiten zu bedeutenden Abschlagszahlungen auf die bedunzene Vergütung verstanden und sie wirklich geleistet hat, worin sonst ein ganz ungewöhnlicher Vortheil liegen würde.

Das Eigenthum des Klägers an der Vase folgt speciell aus den Bestimmungen des Gesetzes vom 11. Juni 1837 zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung. In Gemäßheit desselben steht dem Urheber ein artistisches Eigenthum an Kunstwerken der Sculptur zu, mit der Wirkung, daß jede Vervielfältigung derselben durch Dritte auf mechanischem Wege ohne seine oder seiner Rechtsnachfolger Genehmigung untersagt und mit Strafe bedroht ist. — §. 22. des Gesetzes. —

Die jetzt streitige Vase ist das Original-Kunstwerk; der Guß derselben vom Verklagten nicht ohne Genehmigung des Klägers, sogar vermöge einer gegen ihn eingegangenen contractlichen Verpflichtung vorgenommen. Von einer Verletzung der ausschließlichen artistischen Eigenthumsrechte des Klägers durch eine rechtswidrige Vervielfältigung des Werks

kann daher nicht die Rede sein. Allein wenn unbefugte Vervielfältigungen kein erlaubtes Eigenthum des Nachbilders ausmachen, solche Exemplare vielmehr ihm entrissen, confiscirt und vernichtet werden sollen, §§. 30. 10. 12. des Gesetzes, so durfte W. auch nicht ohne Erlaubniß des Klägers das Werk nach dem Modelle für sich bilden, noch kann es seinen Gläubigern gestattet sein, dasselbe zum Gegenstande ihrer Befriedigung zu machen und zu diesem Behufe zum öffentlichen Verkaufe zu bringen. Kläger hat aber das Eigenthum an dem Werke nicht aufgegeben, dem W. keine Befugniß gegeben, dasselbe für sich zu fertigen, vielmehr den Abguß bestellt, um selbst Besitz und Eigenthum daran zu erlangen. Es gereicht daher offenbar zur Kränkung seiner ausschließlichen Rechte, wenn W., bloß weil er Materialien und Arbeiten dazu geliefert hat, das Eigenthum der Vase in Anspruch nehmen will, oder seine Gläubiger es zum Zweck des öffentlichen Verkaufs in Beschlag nehmen.

Der Gegengrund der Verklagten, daß das streitige Exemplar ein rechtmäßig gefertigtes sei, und das Gesetz solche mit Erlaubniß des artistischen Eigenthümers gearbeitete Exemplare nicht dem Verkehr entziehn, trifft nicht zu. Denn es handelt sich nicht darum, ob W. durch seine Arbeiten gegen das Gesetz gefehlt hat, sondern ob er oder Kläger Eigenthümer des in Beschlag genommenen unvollendeten Werkes geworden ist.

Unerheblich ist ferner der Einwand, daß dem Kläger ein artistisches Eigenthum mit ausschließlichen Rechten in Betreff der Vase nicht mehr zustehe, theils weil die auf letzterer angebrachten Reliefs bereits an dem Denkmale des Königs veröffentlicht wären, theils weil er schon andere Exemplare der Vase verkauft, und sich seine Rechte nicht in der §. 27. des Gesetzes vorgeschriebenen Art durch Vorbe-

halt bei dem Verkauf und Anzeige bei dem Curatorium der Künste erhalten und gesichert habe. Auf diese Umstände kommt es für den vorliegenden Fall nicht an, da W. die streitige Vase weder nach dem Denkmal des Königs noch nach einem verkauften Exemplar sondern auf Verdingung des Klägers nach dessen Modell gefertigt hat, und der Streit das Eigenthum an dem nach letzterem hergestellten Original-Kunstwerk selbst betrifft. Daß Kläger die von ihm auf dem Standbilde des Königs dargestellten Reliefs wiederum zu einem neuen Kunstwerke anderer Art benutzt hat, schließt nach §. 29. des Gesetzes die Anwendung desselben nicht aus.

Endlich läßt sich aus der Bestimmung des Vertrags, daß W. die Vase nach beendeter Ciselirung abzuliefern habe, nichts für sein Eigenthum daran bis zur erfolgten Ablieferung herleiten. Von der contractlichen tüchtigen und kunstgerechten Ausführung der Arbeiten hing die Zahlung des letzten Theils der Vergütung ab. Die Bestimmung ist daher auf die nothwendige Prüfung der Arbeiten durch den Kläger nach ihrer Vollendung zu beziehen, nicht als eine Hinweisung darauf zu deuten, daß erst durch Ablieferung das Eigenthum der Vase von W. auf Kläger habe übergehen sollen.

Der Appellations-Richter hat hiernach mit Recht den Verklagten die prätendirte Befugniß zum öffentlichen Verkauf der Vase im Executionswege abgesprochen, weshalb die Bestätigung des vorigen Urtels gerechtfertigt erscheint.

№ 46.

Eigenschaften der Testaments-Zeugen.

Wenn die bei Aufnahme eines Testaments, welches der Testator nicht unterschreiben kann, zugezogenen beiden Männer den Vermerk über das vom Testator beigefügte Handzeichen unterschrieben haben, so kann daraus: daß sie das Handzeichen **nicht selbst** attestirt haben, und auch daraus: daß sie bloß ihren Namen schreiben, sonst aber weder lesen noch schreiben können, eine Nichtigkeit des Testaments nicht hergeleitet werden. Präj. 2669.

A. L. R. Thl. I. Tit. 12. §§. 115. und 117.
A. G. O. Thl. II. Tit. 2. §. 46., Tit. 4. §. 1., Thl. III. Tit. 7. §. 63.

Der Bauer Bernhard W. zu S. hatte in seinem, am 18. Mai 1853 gerichtlich errichteten Testamente, zu Gunsten seines Sohnes Thomas verfügt. Am Schlusse der Testaments-Verhandlung wurde registrirt:

> Die Verhandlung wurde dem Testator vorgelesen, von ihm durchgehends als seiner wahren Willensmeinung gemäß niedergeschrieben genehmigt und in Beisein der zugezogenen Schreibzeugen des Bauers Bartholomäus B. und des Bauers Anton K. unterkreuzt; —

und nachdem der Protocollführer bei den Kreuzen des Testators vermerkt: „Handzeichen des Bernhard W." hatten die beiden Schreibzeugen diesen Vermerk mit ihrem Namen unterschrieben.

Die Miterben des Thomas W. erachteten dies Testament unter anderen auch aus dem Grunde für ungültig:

weil die beiden zugezogenen Testaments-Zeugen außer ihrem Namen nicht schreiben, und, nur der polnischen Sprache mächtig, insbesondere deutsch nicht lesen könnten,

und das Kreisgericht zu Gleiwitz erkannte auch, ihrem Klageantrage gemäß, am 23. März 1855: daß das von dem Bauer Bernhard W. am 18. Mai 1853 zu Protocoll erklärte Testament, den Klägern gegenüber, für rechtsunverbindlich zu erklären, und der Verklagte verbunden, in Bezug auf die Kläger zu gestatten, daß die Intestaterbfolge in den Nachlaß des Bernhard W. eintrete.

Dies Erkenntniß bestätigte, auf die dagegen von dem Verklagten eingelegte Appellation, das Appellations-Gericht zu Ratibor am 4. October 1855. Der erste Senat des Ober-Tribunals hat aber, in Folge der erhobenen Nichtigkeits-Beschwerde, am 30. Mai 1856 das zweite Erkenntniß vernichtet und auf die Appellation des Verklagten das erste Urtel durch Zurückweisung der Klage abgeändert, und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter hat das erste Erkenntniß aus zwei selbstständigen Gründen bestätigt; er erachtet das Testament des Freibauern Bernhard W. vom 18. Mai 1853 für rechtsunverbindlich, weil einmal die bei der Schreibensunkunde des Testators zugezogenen beiden Zeugen nicht eigenhändig attestirt hätten, daß die Handzeichen vom Testator statt der Unterschrift beigefügt worden seien, und dann, weil die beiden Zeugen der deutschen Sprache und Schrift, in welcher das Testament aufgenommen worden, unkundig, nicht lesen und außer ihrem Namen nicht schreiben könnten. Die von dem Imploranten gegen diese Entscheidung erhobenen Be-

schwerden wegen Verletzung der §§. 115. und 116., 117 bis 122. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R. §. 1. Tit. 4. Thl. II., §. 46. Tit. 4. Thl. II. und §. 63. Tit. 5. Thl. III. A. G. O. müssen für begründet erachtet werden.

Es ist die Frage:

ob es gesetzlich genüge, wenn die bei Aufnahme des Testaments eines, des Schreibens unfähigen Testators, zugezogenen beiden glaubwürdigen Männer, unter die Handzeichen des Testators nur ihre Namensunterschrift setzen, selbst in dem Falle, wenn sie bloß ihren Namen schreiben, sonst aber weder schreiben noch lesen können?

schon bei Gelegenheit des (im 19. Bande des Archivs für Rechtsfälle abgedruckten) Rechtsfalles in der Richtigkeits-Beschwerde der verehelichten R. und Genossen wider den Einlieger S. für zweifelhaft erachtet; eine nochmalige wiederholte Prüfung hat aber zur Bejahung der obigen Frage geführt.

In dem jetzt vorliegenden Falle hat der Protocollführer, nachdem es am Schlusse der Verhandlung heißt:

die Verhandlung wurde rc. vom Testator im Beisein der zugezogenen Schreibzeugen, des Bauers Bartholomäus B. und des Bauers Anton K., beide aus S., unterkreuzt,

geschrieben:

Handzeichen des Bernhard W.,

und demnächst haben die beiden Schreibzeugen unter diesen Vermerk ihren Namen gesetzt. Der Appellations-Richter gründet seine Entscheidung, wonach die Unterschriftszeugen bei ihrer Unterschrift gleichzeitig bescheinigen müssen, daß die Handzeichen vom Testator statt der Unterschrift beigefügt worden seien, auf die Vorschriften im §. 1. Tit 4. Thl. II. und des §. 46. Tit. 2. Thl. II. der Allg. Ger. Ord. In der ersten Gesetzstelle wird bestimmt: daß außer der allge-

meinen, bei den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt zu beobachtenden Vorschriften des zweiten Titels, das Landrecht selbst Thl. I. Tit. 12. §§. 66—241. die umständlichen Anweisungen enthalte, wie bei Aufnahme der Testamente zu verfahren; und das 2te Gesetz verordnet:

> Ist die eine oder die andere Partei des Schreibens nicht mächtig, so muß sie an die Stelle, wo ihr Name hingehört, Kreuze, oder ihr sonst gewöhnliches Handzeichen setzen. Der Protocollführer, oder ein Schöppe muß ihren Namen dabei schreiben, und der Richter muß bei seiner Unterschrift attestiren, daß diese Zeichen von der Partei, weil sie des Schreibens unkundig sei, statt ihrer Unterschrift beigefügt worden.

Zunächst geht aus dieser Vorschrift klar hervor, daß es nicht des Protocollführers oder des Schöppen, sondern des Richters Amt sein soll, jenes Attest auszustellen, und daß die Function des Protocollführers oder des Schöppen nur darin besteht, seinen Namen bei dem Handzeichen des Schreibens-Unkundigen zu setzen. Wenn nun an die Stelle des Protocollführers oder des Schöppen nach §. 115. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R. zwei glaubwürdige Männer treten sollen, durch die das Handzeichen des Testators bezeugt werden soll, so folgt daraus nur, daß sie das, was sonst Protocollführer oder Schöppe zu verrichten haben, verrichten müssen, keinesweges aber, daß sie nun auch in die Stelle des Richters treten, und dessen Function, die Ausstellung des Attestes, übernehmen sollen. Ihre Verrichtung besteht vielmehr nur darin, ihren Namen bei dem Handzeichen des schreibensunfähigen Testators, und zwar unter den, sei es vom Richter oder Protocollführer geschriebenen Vermerk über das Handzeichen, zu setzen, und in dieser ihrer Handlung allein muß ihr vom Gesetz erfordertes: „bezeugen" gefun-

den und erkannt werden. Durch ihre Namensunterschrift ertheilen sie die schriftliche Bescheinigung, bezeugen und beurkunden sie die Thatsache: daß der Testator die Handzeichen unter dem, seinen letzten Willen enthaltenden Protocoll gemacht habe, und diese Handlung ist auch vollkommen ausreichend, um aus ihr in der Folge ihr stattgefundenes Zeugniß zu entnehmen. Ein Mehreres, als diese Namensunterschrift, haben die Gesetze nirgends vorgeschrieben, und es ist deshalb schon in dem Plenarbeschlusse vom 6. Nov. 1848 — Entscheid. Bd. 17. S. 66. — bei einer anderen Gelegenheit ausgeführt worden, daß diejenige Form, an deren Beobachtung die Rechtsverbindlichkeit vom Gesetzgeber in Beziehung auf die schreibensunkundige Partei ausdrücklich geknüpft worden, sich darauf beschränke, daß statt der schreibensunfähigen Person ein Anderer die Unterschrift unter der Verhandlung verrichte, und dadurch die Richtigkeit der von der schreibensunerfahrenen Person durch Kreuze bewirkter Unterzeichnung bezeuge. Demgemäß hat auch der neueste Plenarbeschluß vom 7. Mai 1855 — Entscheid. Band 30. S. 393. — ferner festgestellt: „Daß bei einer von einem Richter ohne Zuziehung eines Protocollführers mit einem Schreibensunerfahrenen aufgenommene Verhandlung es nicht erforderlich sei, daß der zugezogene Unterschrifts-Beistand den Namen des Schreibensunerfahrenen, oder irgend einen Theil desjenigen Vermerks selbst schreibe, der die Handzeichen des Schreibensunerfahrenen selbst betrifft, daß vielmehr die bloße Namens-Unterschrift des Beistandes genüge."

Wenngleich diese Plenarbeschlüsse zunächst nur bezüglich des Falles ergangen sind, wo bei einer Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur von einem Richter ohne Zuziehung eines Protocollführers, eine Verhandlung mit einem

Schreibensunerfahrnen aufgenommen worden war, so müssen sie doch um so mehr in einem solchen Falle, wie der hier vorliegende, ihre Berücksichtigung finden, wo die Verhandlung mit Zuziehung eines Protocollführers aufgenommen, also die Form beobachtet worden ist, welche das Gesetz als die höchste Garantie für die Richtigkeit alles dessen, was bei der Verhandlung vorgekommen ist, und worüber sie zeugt, anerkennt.

Aus diesen Gründen mußte der Ansicht des Vorderrichters die Anerkennung versagt werden, und ein Gleiches ist auch mit seinem zweiten Entscheidungsgrunde der Fall. Es steht fest, daß die beiden zugezogenen Unterschriftszeugen B. und K. der deutschen Sprache und Schrift unkundig, außer ihrem Namen nichts weiter schreiben, und nicht lesen können. Der Appellations-Richter erachtet sie nun deshalb für unfähige Zeugen, weil der §. 117. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R. verordne, daß die zuzuziehenden Testaments-Zeugen überhaupt die Eigenschaften gültiger Instruments-Zeugen besitzen müßten, dazu aber nach §. 63. Tit. 7. Thl. III. der A. G. O. gehöre, daß sie lesens- und schreibenskundig seien

Es muß zunächst allerdings anerkannt werden, daß die Requisite der im §. 117. a. a. O. genannten Instruments-Zeugen in den Gesetzen nirgends speciell und ausdrücklich vorgeschrieben sind; Instruments-Zeugen sind aber nichts anders, als eben Beweiszeugen, von denen, wie der folgende §. 118. a. a. O. ergiebt, gefordert wird, daß ihnen keiner derjenigen Mängel entgegenstehe, wegen welcher Jemand zur Ablegung eines Zeugnisses überhaupt nach Vorschrift der Proceß-Ordnung unfähig ist. Diese Mängel sind diejenigen, welche der §. 227. Tit. 10. Thl. I. der A. G. O. aufführt, und zu denen keineswegs die vollständige Lesens- und Schreibenskunde des Zeugen gehört. Hieraus ergiebt

sich, daß derjenige Unterschriftszeuge kein Unfähiger ist, der nur seinen Namen schreiben kann. Das Gesetz verlangt, wie oben bereits festgestellt worden, daß der Zeuge bei dem Vermerk über das Handzeichen des schreibensunfähigen Testators seinen Namen schreibe, kann dies der Zeuge, hat er dies gethan, und durch die Niederschreibung seines Namens das, was er sonst mündlich zu bekunden haben würde, schriftlich bezeugt, daß nämlich der Testator die Handzeichen statt seiner Unterschrift beigefügt habe, so ist er unter Voraussetzung der sonst bei ihm vorhandenen, in den §§. 118—122. a. a. O. aufgeführten Erfordernisse unzweifelhaft ein gültiger Testaments-Zeuge, ohne daß es weiter darauf ankommt, ob er noch mehr lesen und schreiben kann.

Der §. 63. Tit. 7. Thl. III. der A. G. O. auf den sich der zweite Richter hauptsächlich bei seiner Entscheidung bezieht, kann nicht in Betracht kommen. Abgesehen von dem schon vom Vorderrichter allegirten Präjudiz vom 29. Dezember 1851. — Entsch. Bd. 22. S. 133. — so wie davon, daß der §. 63. ebenfalls die Requisite gültiger Instruments-Zeugen nicht vollständig und bestimmt angiebt, so heißt es darin: die Notariats-Zeugen sollten:

1) die in den Gesetzen vorgeschriebenen Requisite gültiger Instruments-Zeugen haben,
2) lesen und schreiben können,
3) vornämlich aber dem Notar als Leute von unbescholtnem Rufe bekannt sein,
4) in Königlichen Landen angesessen sein und daselbst ein Amt bekleiden, oder Handlung oder sonst ein ähnliches Gewerbe treiben.

Diese Vorschrift bezieht sich auf den Fall, daß der instrumentirende Notar statt der principaliter vorgeschriebenen Adhibition eines zweiten Notars zwei Zeugen bei der Vollziehung

des Instruments zuzieht. In diesem Falle sollen diese beiden Zeugen die Erfordernisse gültiger Instruments-Zeugen besitzen, sie sollen aber noch außerdem lesen und schreiben können. Diese letzte Bestimmung rechtfertigt sich allein aus dem Umstande, daß, eben die beiden Zeugen den zweiten Notar ersetzen sollen, und es ergiebt sich hieraus in Betreff der zu beobachtenden Förmlichkeiten der Unterschied zwischen einem Notariats-Instrument und einer von einem Richter mit Zuziehung eines Protocollführers aufgenommenen, gerichtlichen Verhandlung, so wie die Nichtanwendung des §. 63. auf die letztere.

Daß auch das Gesetz zu den wesentlichen Requisiten eines Instruments-Zeugen nicht die Eigenschaft, daß dieser auch lesen und schreiben könne, rechnet, geht daraus hervor, daß der §. 63. a. a. O. gerade hier, wo es sich um die Ersetzung des zweiten Notars handelt, sagt: „Instruments-Zeugen ꝛc. und „lesen und schreiben können" ꝛc.; es wäre sonst offenbar überflüssig gewesen, die anderen oben bemerkten Requisite noch aufzuzählen.

Wenn hiernach der Appellations-Richter zuweit gegangen, wenn es vielmehr nach den Gesetzen vollkommen genügt, und eine Nichtigkeit des Testaments nicht bewirkt, wenn die nach Aufnahme des Testaments eines schreibensunfähigen Testators zugezogenen beiden glaubwürdigen Männer unter den Vermerk über die Handzeichen des Testators nur ihre Namensunterschrift gesetzt haben, und wenn endlich dies selbst in dem Falle hinreicht, wo diese Unterschriftszeugen nur ihren Namen schreiben, sonst aber nicht lesen und schreiben können, so mußte das zweite Urtel, das diese Grundsätze nicht anerkennt, in Gemäßheit des §. 4. No. 1. des Gesetzes vom 14. Dezember 1833 der Vernichtung unterliegen.

In der Sache selbst folgt dann die Entscheidung des

vorliegenden Rechtsstreites von selbst; die Gründe, weshalb die Kläger das Testament des Bauer Bernhardt W. vom 18. Mai 1853 für rechtsunverbindlich erklärt wissen wollen, und die Eröffnung der Intestaterbfolge über dessen Nachlaß verlangen, sind nach der vorstehenden Entscheidung ungerechtfertigt, und es mußte daher auf die Appellation des Verklagten das erste, von gleichen Grundsätzen wie das Appellations-Erkenntniß ausgehende Urtel abgeändert und die Klage zurückgewiesen werden.

№ 47.

Kaufmännische Commission.

Kann der Anspruch des Commissionärs mit del credere, auf Erstattung der bei Vollführung der Einkaufs-Commission gehabten Auslagen, schon durch den Einwand des Committenten beseitigt werden: daß der Commissionär unterlassen, die demnächst ertheilte Verkaufs-Commission auszuführen?

Rheinisches bürgerliches Gesetzbuch Art. 1991 ff. Handels-Gesetzbuch Art. 92.

Allg. Landr. Thl. I. Tit. 13. §§. 50. 274.

Der Kaufmann H. zu Cöln, welcher bereits früher von dem Kaufmann K. kaufmännische Commissionen erhalten hatte, schrieb dem Letzteren sub dato Cöln, den 13. Januar 1852:

Nachdem mir diesen Morgen sämmtliche Posten, beson-

ders die aus Frankreich hierher kamen, und mir in dreien Briefen aus dem Oberland wieder effectiven Roggen verlangt wird, — ein Beweis, daß die noch vor Kurzem gefüllten Läger schon bereits zur Neige gehen, — kaufte ich mir 500 Malter Roggen per Mai à 6 Thlr. 27 Sgr. 6 Pf. Um sie für den billigen Preis jener 500 Malter Roggen per März zu entschädigen, theile ich Ihnen dies Partiechen zu gleichem Preise zu, wovon Sie Vermerkung nehmen und wobei Sie mich als Ihren Verkäufer betrachten wollen.

Der Kaufmann K. erwiderte darauf mittelst Schreibens d. d. Berlin, den 14. Januar 1852:

So eben gelange ich in den Besitz Ihres Geehrten von gestern und genehmige dankend den für meine Rechnung bewirkten Einkauf von 500 Malter Mai-Roggen à 6 Thlr. 27 Sgr. 6 Pf., indem ich Ihnen für die warme Vertretung meiner Interessen besonders verpflichtet bleibe.

Mittelst Briefes d. d. Cöln, den 14. Januar 1852 fragte der Kaufmann H. ferner bei dem Kaufmann K. an:

ob er noch in Mai-Roggen etwas unternehmen wolle, er, der Kaufmann H., werde dann gelegentlich operiren, und dürfe der K. versichert sein, daß sein Interesse in guten Händen sei;

zugleich fügte H. hinzu:

Heute war es mit Rüböl ganz jämmerlich flau, weshalb ich nicht umhin konnte, 50 Ohm per Mai 267/8 Thlr. für Sie zu nehmen, wobei Sie mich als Verkäufer betrachten wollen. Sagen Sie mir gefälligst, daß Sie hiermit einverstanden sind.

Beide Theile sind einverstanden, daß H. im Auftrage des

K. noch 500 Malter Roggen per Mai à 6 Thlr. 29 Sgr. eingekauft hat und schrieb ihm K. unter dem 17. Januar 1852:

Bezugnehmend auf mein Ergebenes von gestern beeile ich mich Ihnen hierdurch mein Einverständniß mit dem für meine Rechnung geschehenen Einkaufe von 50 Ohm Rüböl per Mai à 267/8 Thlr. zukommen zu lassen, und genehmige gern die mir angestellten 500 Malter Roggen per Mai à 6 Thlr. 29 Sgr., indem ich Ihnen für Ihre Coulance gegen mich nochmals meinen Dank sage. Da Sie das del credere bei beiden Geschäften übernommen haben, so betrachte ich Sie als meinen directen Verkäufer.

Mittelst Schreibens vom 2. April 1852 ersuchte hiernächst K. den H. 2000 Malter Roggen für seine Rechnung höchstmöglichst zu verkaufen, sandte ihm auch unter dem 3. April eine telegraphische Depesche des Inhalts zu, 1000 Malter Roggen höchstmöglichst zu verkaufen, schrieb dem H. noch besonders unter dem 3. April 1852:

Unter Bezugnahme auf mein Ergebenes von gestern ersuchte ich Sie heute Morgen wiederholt per telegraphische Depesche um Begebung von 2000 Malter Roggen per Mai zum höchstmöglichen Preise und rechne mit Sicherheit darauf, daß Sie diese Ordre vollständig effectuirt haben werden. Ich glaube, daß Preise momentan niedriger gehen und telegraphirte Ihnen deshalb, weil ich befürchtete, daß mein Brief von gestern nicht rechtzeitig in Ihren Besitz kommen könnte.

Der Kaufmann H. ließ diese Verkaufs-Ordre unausgeführt und benachrichtigte den K. davon mittelst Schreibens vom 3. April 1852, in welchem er als Grund angab, daß der Markt sehr flau und überhaupt keine Käufer, wenigstens keine für größere Posten, insbesondere keine, ihm als Com-

missionär del credere annehmbare Käufer vorhanden gewesen seien. Er fügte in dem gedachten Schreiben ausdrücklich hinzu, daß er die telegraphische Depesche vom 3. April 1852 nur für diesen Tag gültig betrachte und auch am folgenden Montage nichts für den K. thun werde.

In Bezug auf diesen Zusatz steht durch Zugeständniß fest, daß K. bei Gelegenheit einer früher auf telegraphischem Wege ertheilten, von dem H. erst am darauf folgenden Tage ausgeführten und deshalb von dem K. nicht genehmigten Einkaufs-Commission dem H. brieflich bemerklich gemacht hatte, daß ein telegraphischer Auftrag nur für den Tag seiner Ankunft Gültigkeit habe.

Der K. schwieg sowohl auf das Schreiben vom 3. April als auch auf die ferneren Schreiben vom 14. und 20. April 1852, in welchen H. ihm zum Verkauf der obigen 1000 Malter Roggen und 50 Ohm Rüböl Auftrag ertheilt haben will.

Nach der unter Beweis gestellten Behauptung des H. soll jedoch K. dem H.'schen Agenten G. in Berlin mündliche Anweisung dahin ertheilt haben,

daß H. den in Rede stehenden Roggen und das Rüböl nach bestem Ermessen bestmöglichst verkaufen solle;

und soll G. dem H. von dieser Anweisung mittelst Briefes vom 21/22. April 1852 Mittheilung gemacht haben.

Nunmehr will H. am 27. April 1852 für Rechnung des K. zunächst 500 Malter Roggen per Mai zu 5 Thlr. 22 Sgr. und 50 Ohm Rüböl per Mai zu 277/8 Thlr. verkauft und dies dem K. an demselben Tage brieflich angezeigt haben.

Weder auf dies Schreiben, noch auf spätere Schreiben, in denen H. angeblich um ein Limito bezüglich der übrigen, noch unverkauften 500 Malter Roggen bat, hat K. geantwortet, und extrahirte deshalb H. bei der Ober-Procuratur

zu Cöln unter dem 22. Mai 1852 eine Sommation an K., sowohl seine Genehmigung zu dem bereits erfolgten Verkauf der 500 Malter Roggen und des Rüböls, als auch eine Autorisation zum Verkaufe der noch übrigen 500 Malter Roggen zu ertheilen, widrigenfalls der bereits erfolgte Verkauf für genehmigt zu erachten und die ferneren 500 Malter sofort verkauft werden würden. Als K. auch hierauf schwieg, ließ H. die übrigen 500 Malter am 1. Juni 1852 meistbietend öffentlich zum Preise von 4 Thlr. 29 Sgr per Malter versteigern. Zu diesem Verfahren hält er sich für berechtigt, weil K. ihn ohne Deckung gelassen. Er hält sich ferner principaliter, als del credere stehender Commissionär, nicht für verpflichtet, die Verkäufer und Ankäufer des Roggens und des Rüböls anzugeben, hat jedoch event. unter Beweis gestellt:

daß er 500 Malter Roggen per Mai à 6 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. am 13. Januar 1852 und 500 Malter per Mai à 6 Thlr. 29 Sgr. am 15. Januar ej. von den Kaufleuten K. und W. zu Cöln, so wie 50 Ohm Rüböl per Mai à 267/8 Thlr. am 14. Januar ej. von S. und G. daselbst gekauft, daß er die zuerst erwähnten 500 Malter am 27. April ej. à 5 Thlr. 22 Sgr. an P. daselbst, die ferneren 500 Malter am 1. Juni ej. à 4 Thlr. 29 Sgr. an D. und die 50 Ohm Rüböl à 273/8 Thlr am 27. April ej. an H. daselbst verkauft habe.

Im gegenwärtigen Processe fordert er von dem K. die Erstattung der Differenz zwischen den Einkaufs- und Verkaufs-Preisen, nebst Provision für die Del credere-Commission, Courtage und sonstigen Auslagen, welche er in einem Risconto bezüglich des Roggengeschäfts auf 1,743 Thlr. 27 Sgr., und bezüglich des Oelgeschäfts auf 19 Thlr. 5 Sgr. berechnete; auf diese Beträge setzte er ein, nach einem Con-

tocurrent dem K. zukommendes Guthaben ab, so daß ihm bis zum 13. December 1852 ein Saldo von 1,499 Thlr. 29 Sgr. 10 Pf., worin 44 Thlr. 7 Sgr. Zinsen stecken, verblieb, und beantragte die Verurtheilung des K. zur Zahlung von 1,499 Thlr. 29 Sgr. 10 Pf., nebst 6 Procent Zinsen von 1,455 Thlr. 22 Sgr. 10 Pf. seit dem 13. December 1852.

Der Verklagte hat im Laufe des Verfahrens die aus dem Oelgeschäfte originirende Differenz von 19 Thlr. 5 Sgr. anerkannt, bezüglich des Roggengeschäfts aber sowohl den wirklichen Ankauf, als auch den Verkauf, bei dem Letzteren insbesondere die Identität mit den angeblich für ihn angekauften Cerealien bestritten. Ebenso hat er in Abrede gestellt, den Agenten G. mündlich oder schriftlich zur Mittheilung einer Verkaufs-Ordre an den Kläger ermächtigt zu haben, und eingewendet, daß der Kläger den späteren Verkauf nicht nur ohne seinen Auftrag, sondern sogar wider seine ausdrückliche Anweisung bewirkt und dadurch den entstandenen Verlust herbeigeführt habe. Der Verklagte ist dabei der Ansicht, daß die telegraphische Depesche vom 3. April 1852, so wie seine beiden Schreiben vom 2. und 3. April ej. eine unbedingte, keinesweges auf den 3. April beschränkte Anweisung zum höchstmöglichen Verkauf enthalten hätten, daß Kläger dieselbe sofort, oder doch an den nächstfolgenden Tagen zu vollführen gehabt habe, und nicht befugt gewesen sei, bis zum 27. April resp. bis zum 1. Juni mit dem Verkaufe zu warten, um so weniger, als am 3. April und den folgenden Tagen in Cöln bedeutende Roggengeschäfte zu 6½ Thlr. gemacht worden seien, und als Kläger selbst zu jener Zeit theils für sich selbst, theils für Dritte bedeutende Roggen-Geschäfte abgeschlossen habe, was der Kläger unter Acceptation des deferirten Eides

bestritt. Der Verklagte erachtete hiernach schlimmsten Falls eine Geschäftsführung ohne Auftrag für vorliegend und erklärte sich bereit, dem Kläger das ganze Geschäft zu überlassen. Zugleich beantragte er:

reconveniendo die Verurtheilung des Klägers und Wiederverklagten zur Zahlung des ihm, dem Verklagten, nach dem Contocurrente bis zum 30. Juni 1852 zustehenden jedoch in der Convention zur Ungebühr abgesetzten Guthabens, im Betrage von 291 Thlr. 23 Sgr. 8 Pf.,

eines Guthabens, welches Kläger an sich als richtig anerkannte.

Ohne Beweisaufnahme wies das Stadtgericht zu Berlin unter dem 7. April 1854 in der Convention den Kläger ab und verurtheilte ihn in der Reconvention nach dem Klageantrage. Der Richter erachtete den Einwand des Verklagten für durchgreifend, die Nichtausführung der gemessenen, telegraphischen Depesche vom 3. April 1852 und der in den beiden Briefen des Verklagten vom 2. und 3. April ej. enthaltenen gemessenen Verkaufs-Ordre von Seiten des Klägers für nicht genügend, erklärte den Beweis der Unschädlichkeit des inne gehaltenen Verfahrens für nicht angetreten und die dem Agenten G. von dem Verklagten gemachte mündliche Mittheilung bei dem Vorhandensein der dem Kläger unmittelbar und schriftlich ertheilten Anweisungen für unerheblich.

Auf die Appellation des Klägers erfolgte Beweisaufnahme durch Vernehmung des Agenten G. und der Verkäufer und Käufer der in Rede stehenden Cerealien, worauf der Civil-Senat des Kammergerichts mittelst reformatorischer Sentenz vom 30. Januar 1855 die Verurtheilung des Verklagten nach dem Conventions-Antrage und die Abweisung der Reconvention, beziehungsweise die Abweisung der Convention und die Verurtheilung des Klägers und Wieder-

verklagten nach dem Reconventions-Antrage von der Leistung eines dem Kläger dahin auferlegten Ignoranz-Eides:

daß der Verklagte dem Agenten G. zu Berlin den mündlichen Auftrag ertheilt, dem Kläger die in dem Briefe vom 21. April 1852 enthaltene Ordre mitzutheilen, daß Kläger den Roggen, welchen der Verklagte von demselben gekauft, nach seinem besten Ermessen bestmöglichst verkaufen solle,

und im Falle der Leistung dieses Eides von der Leistung eines dem Kläger dahin auferlegten ferneren Eides abhängig,

daß die beiden Posten Roggen von je 500 Malter, welche Kläger dem Verklagten im Januar 1852 zum Preise von 6 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. resp. 6 Thlr. 29 Sgr. für jeden Malter offerirt, diejenigen waren, welche Kläger am 27. April 1852 zum Preise von 5 Thlr. 22 Sgr. für jeden Malter an den Kaufmann P. zu Cöln und am 1. Juni 1852 zum Preise von 4 Thlr. 29 Sgr. für jeden Malter in öffentlicher Versteigerung an den Kaufmann D. zu Cöln verkauft hat.

Auf die dagegen von dem Verklagten eingelegte Revision hat der vierte Senat des Ober-Tribunals die Appellations-Entscheidung mittelst Erkenntnisses vom 20. December 1855 bestätigt.

Gründe.

Die Sachlage ist nicht der Art, daß der Verklagte und Wiederkläger eine für ihn günstigere Entscheidung erlangen kann. Der Anspruch des Klägers aus dem Rüböl-Geschäfte steht nach dem Anerkenntnisse des Verklagten in quali et quanto fest. Bezüglich der ersten Post von 500 Malter Roggen könnten die Worte in dem Schreiben des Klägers vom 13. Januar 1852:

kaufte ich mir 500 Malter Roggen per Mai à 6 Thlr.

22 Sgr. 6 Pf. — und theile Ihnen dies Partiechen zu gleichem Preise mit — wobei Sie mich als Ihren Verkäufer betrachten wollen,

so aufgefaßt werden, als sei von dem Kläger nicht ein Commissions-Geschäft, sondern ein sogenanntes Proprегeschäft intendirt und offerirt; nach der Antwort des Verklagten vom 14. Januar ej. in den Worten:

und genehmige dankend den für meine Rechnung bewirkten Einkauf von 500 Maltern Mai-Roggen à 6 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf., indem ich für die warme Vertretung meiner Interessen besonders verpflichtet bleibe,

ist es jedoch als reines Commissions-Geschäft acceptirt und dabei hat sich Kläger beruhigt.

Eben so wenig stellen bezüglich der zweiten Post der 500 Malter Roggen die Worte in dem Schreiben des Verklagten vom 17. Januar ej.

Da Sie das del credere bei beiden Geschäften (dem Oelgeschäfte und dem Einkauf der 500 Malter Roggen) übernommen haben, so betrachte ich Sie als meinen directen Verkäufer,

ein zum Abschlusse gekommenes Propregeschäft dar; es liegt vielmehr auch in Bezug auf diese Post schon nach der Correspondenz eine Einkaufs-Commission vor, da Verklagter selbst im Eingange jenes Schreibens sein Einverständniß mit dem für seine Rechnung geschehenen Einkauf, sowie seine Genehmigung der ihm angestellten 500 Malter ausgedrückt hat, und die Worte:

so betrachte ich Sie als meinen directen Verkäufer,

nur auf das del credere-Stehen des Klägers Bezug haben. Ueberdies sind beide Theile darin einverstanden, daß bezüglich der gesammten 1000 Malter Mai-Roggen eine Einkaufs-Commission mit del credere des klagenden Commissionärs

vorgewaltet hat; von ihr ist somit, als von einem feststehenden Punkte, auszugehen.

Der Sitz der durch diese Einkaufs-Commission, sowie durch die, gleich weiter zu gedenkende Verkaufs-Commission begründeten Obligation ist, wenngleich beide Commissionen von Berlin aus ertheilt worden sind, doch in Cöln; dort sollten sie in Vollzug gebracht werden; dort sind sie ausgeführt; dort wohnte der klagende Commissionär; allen Umständen nach sind beide Theile davon ausgegangen, daß das durch die Commissionen unter ihnen gebildete Rechtsverhältniß nach dem örtlichen Gesetze Cölns hat wirksam werden sollen.*)

Dem Appellations-Richter ist demnach darin beizupflichten, daß die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien nach dem Rheinischen Rechte zu beurtheilen sind. Nach diesem Rechte hat der kaufmännische Commissionär die Pflichten und Rechte eines Mandatars (art. 92. Handelsgesetzbuch), er wird nach den Grundsätzen des Mandats im Art. 1991 ff. bürgerl. Gesetzbuchs beurtheilt, und so ist auch bereits von dem Ober-Tribunal für den Bereich des rheinischen Rechtes ausgesprochen worden, daß der handelsrechtliche Commissions-Vertrag nur eine Art des Mandats sei, daß die von dem Commissionär übernommene Verpflichtung, del credere zu stehen, eine Aenderung nicht hervorbringt, daß mithin auch ein solcher Commissionär verpflichtet ist, dem Committenten über die für ihn, wenngleich in eigenem Namen, mit Dritten geschlossenen Verträge Auskunft zu geben und Rechnung über seine Geschäftsführung zu legen. (Archiv der Rechts-Anwälte Bd. 10. S. 125., Bd. 12. S. 224.)

*) Vergl. v. Savigny, System Bd. 8. S. 200 ff. Bornemann, Erörterungen Heft 1. S. 103.

Anlangend den Nachweis der Wirklichkeit des geschehenen Einkaufs der 1000 Malter Mai-Roggen, so hat zwar Anfangs der Kläger die Verpflichtung dazu bestritten, später aber einer anderen Ueberzeugung Raum gegeben. Durch die Zeugen K. und W. ist festgestellt, daß Kläger von ihnen am 13. Januar 1852 500 Malter Roggen à 6 Thlr. 22 Sgr. und am 15. ej. 500 Malter desgleichen à 6 Thlr. 29 Sgr. — im Mai abzunehmen — wirklich gekauft und übergeben erhalten hat.

Richtig ist es, daß die der Klage unterliegende Rechnung von dem Resultate dieser Beweisaufnahme insoweit abweicht, als in jener der Einkaufspreis der einen Post von 500 Malter à 6 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. zum Ansatz gebracht ist, während nach den Zeugenaussagen der Einkaufspreis in Wirklichkeit sich nur auf 6 Thlr. 22 Sgr. pro Malter belaufen hat, was eine Differenz von 8 Thlr. 10 Sgr. ergiebt. Dieser Differenz kann indeß ein Einfluß nicht beigelegt werden, weil der Verklagte sie erst in dieser Instanz und zwar lediglich zum Zweck der Bemängelung der Identität des eingekauften und später verkauften Roggens geltend gemacht hat. Nach diesem Allen liegt eine wirklich ausgeführte Einkaufs-Commission bezüglich der 1000 Malter Roggen vor, bei welcher der Kläger del credere stand. Von dem Verklagten ist nicht einmal behauptet, geschweige denn erwiesen, daß und wie er den Kläger bis jetzt gedeckt.

Anlangend den Verkauf dieser 1000 Malter, so hat der Kläger auch in Bezug auf ihn später die Ankäufer namhaft gemacht und den Beweis der Realität der Verkäufe angetreten. Der Zeuge P. hat bestätigt, daß er am 27. April 1852 von dem Kläger 500 Malter Roggen im Mai zu liefern, zum Preise von 5 Thlr. 22 Sgr. pro Malter gekauft, und der Zeuge D., daß er in öffentlicher Versteige-

rung auf der Börse am 1. Juni 1852 vom Kläger 500 Malter Roggen à 4 Thlr. 29 Sgr. erstanden. Ueber diesen zuletzt gedachten Verkauf verhält sich auch das vom Landgerichts-Vollzieher M. aufgenommene Steigerungs-Protocoll d. d. 1 Juni 1852. Wenn der Appellations-Richter auf Grund dieser Beweismomente dem Kläger noch einen Eid über die Identität der für den Verklagten angekauften und verkauften Cerealien auferlegt hat — einen Eid, durch welchen zugleich beide Verkäufe mit beschworen werden —, so liegt für den Verklagten in dieser Beziehung keine Beschwerde vor, namentlich wird die für die Identität nach den vorwaltenden Umständen vorhandene Wahrscheinlichkeit durch die oben erwähnte Differenz zwischen dem von dem Kläger angegebenen und dem wirklichen Einkaufspreise der einen Post von 500 Malter allein nicht paralisirt.

Wesentlich hat sich dagegen der Verklagte gegen die Verpflichtung zum Ersatz des Saldo sowohl in den früheren Instanzen, als auch jetzt damit zu vertheidigen gesucht, daß der Kläger bei dem Verkaufe der 500 Malter gegen den Auftrag gehandelt habe, und daß er, der Verklagte, nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag sich für berechtigt halte, das ganze Geschäft dem Kläger für eigene Rechnung zu überlassen. Dies führt auf die Prüfung der von dem Verklagten ertheilten Verkaufs-Ordres. — Beide Theile sind darin einig, daß der Verklagte dem Kläger am 3. April 1852 eine telegraphische Depesche des Inhalts zugesandt: „1000 Malter Roggen höchstmöglich zu verkaufen," und daß der Kläger an demselben Tage ein Schreiben des Verklagten vom 2. April ej. erhalten hat, worin der Letztere ihn ersucht: für seine Rechnung in Cöln 2000 Malter Mai-Roggen höchst möglich zu begeben." Es steht fest, daß der Kläger diese Ordres am 3. April ej. nicht

ausgeführt und dies dem Verklagten unter Angabe des Grundes mittelst Schreibens vom 3. April ej. angezeigt hat. Verklagter ist der Ansicht, daß der Kläger die Verkaufs-Ordre zwar am 3. April habe ausführen müssen, daß dieselbe aber, wenn er es nicht gethan, jedenfalls für die nächstfolgenden Tage maaßgebend geblieben sei, dergestalt, daß er wenigstens an einem dieser Tage habe verkaufen müssen.

Zieht man zunächst den Inhalt dieser Ordre in Betracht, so ist darin allerdings von keinem sofortigen, auf den 3. April beschränkten Verkaufs-Auftrage die Rede. Welchen Sinn und welche Bedeutung einer schlechthin auf best- oder höchstmöglichen Verkauf gehenden Ordre beizulegen ist, ist in dem kaufmännischen Verkehre nicht unbestritten.*) Im vorliegenden Falle bieten jedoch zwei concurrirende Umstände einen sicheren Anhalt dafür, daß, wie auch der Appellations-Richter angenommen hat, die Ordre vom 2/3 April 1852 lediglich und ausschließlich auf den 3 April beschränkt war und nach der Intention des Verklagten beschränkt sein sollte, und zwar eines Theils der feststehende Umstand, daß der Verklagte bei einer früheren auf eine Einkaufs-Commission gerichteten, jedoch erst am folgenden Tage von dem Kläger effectuirten telegraphischen Depesche dem Kläger brieflich bemerkt hat, daß ein telegraphischer Auftrag nur für den Tag seiner Ankunft Gültigkeit habe; und sodann der Brief des Verklagten vom 3. April ej., welchen Kläger erst am 4. April erhalten haben kann, und in welchem der Verklagte schreibt:

„Mit Bezugnahme auf mein Ergebenes von gestern ersuchte

*) Malß, ausgewählte Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt a. M 1854 S. 101 ff.

ich Sie heut Morgen wiederholt durch telegraphische Depesche um Begebung von 2000 Malter Roggen per Mai zum höchstmöglichen Preise, und rechne darauf, und rechne mit Sicherheit darauf, daß sie diese Ordre vollständig effectuirt haben werden Ich glaube daß die Preise momentan niedriger gehen und telegraphirte ihnen deshalb, weil ich befürchtete, daß mein Brief von gestern nicht rechtzeitig in Ihren Besitz kommen könnte.

Beide Momente widerlegen die extensive Auffassung, welche der Verklagte seiner Verkaufs-Ordre jetzt geben will, und stellen heraus, daß Kläger nur zum Verkauf am 3. April, nicht auch zu einem Verkauf an einem der folgenden Tage, ohne weitere Autorisation ermächtigt und verpflichtet war. Wenn er der Verpflichtung, am 3. April zu verkaufen, nicht nachkam, so entsteht die weitere Frage: welchen Einfluß diese Unterlassung auf den klagbar gemachten Anspruch hat? Hierbei ist dem Appellations-Richter darin nicht beizupflichten, wenn er jener Verkaufs-Ordre nur den Character einer Offerte beilegt und die Nichtbefolgung um deshalb für gleichgültig erachtet, weil Kläger sie in Gemäßheit der §§. 15. und 17. Tit. 13. und §§. 96. und 97. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. rechtzeitig abgelehnt habe. Der Gesichtspunkt der Offerte paßt ebenso wenig auf die obige Ordre ihrem Inhalte nach, als auf das unter den Parteien bestehende thatsächliche und rechtliche Verhältniß. In dem Schreiben vom 3. April 1852 hatte der Kläger nicht die Annahme der Verkaufs-Commission überhaupt, sondern nur deren Ausführbarkeit am 3. April ej. abgelehnt. Da die bereits eingekauften Cerealien bei dem Kläger zur Disposition standen, so mußte der Kläger entweder das Verlangen der Abnahme, oder den Auftrag zum anderweiten Verkauf gewärtigen; gelangte der letztere Auftrag an ihn, so verstand sich die Annahme von

selbst, und zwar um so mehr, als der anderweite Verkauf ihm als das geeignete Mittel erscheinen mußte, ihm die Deckung für sein del credere zu schaffen.

Die Nichtvollziehung des Auftrages hat nach Art. 1991. des Rhein. bürgerlichen G. B. wie nach §. 50. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R. die Folge, daß der Bevollmächtigte für den Ersatz des dem Machtgeber daraus erwachsenen Schadens haftet; von dieser Verhaftung wird der Bevollmächtigte frei, wenn die Ausführung des Auftrages unmöglich ist. Von diesen beiden Gesichtspunkten führt schon der erste präjudiciell zu einem, dem Verklagten ungünstigen Resultat.

Der Anspruch des Klägers, welcher die von ihm bei der Einkaufs-Comission gemachten Auslagen nach Abzug des Erlöses verfolgt, kann dadurch nicht völlig beseitigt werden, und der Verklagte kann die Erfolge der ordnungsmäßig für ihn vollführten Einkaufs-Commission nicht dadurch ganz von der Hand weisen, daß er sich auf die Unterlassung der Verkaufs-Commission beruft, vielmehr könnte er die Erfolge jener nur dadurch paralisiren, daß er im Wege der Compensations-Einrede oder der Widerklage den durch die Nichtvollziehung des Verkaufs-Auftrages am 3. April 1852 ihm entstandenen Schaden in quali et quanto substantiirt. Dies zu thun oder überhaupt ein quantum minus anzugeben, hat er ganz unterlassen; er hält sich lediglich durch die Berufung auf den bezüglich der Geschäftsführung ohne Auftrag sanctionirten Grundsatz des §. 244. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R. für gedeckt, daß nämlich, wenn das Uebergewicht des Vortheils nicht klar ist, der Geschäftsherr verlangen kann, daß der Besorger das ganze Geschäft für eigene Rechnung übernehme und ihn deshalb entschädige. Dieser Grundsatz kann aber im vorliegenden

Falle nicht Anwendung finden, weil bei dem Vorhandensein eines von dem Bevollmächtigten nicht dem Auftrage gemäß befolgten Mandats von einer Geschäftsführung ohne Auftrag überhaupt nicht die Rede sein und am allerwenigsten die Einkaufs-Commission mit ihren Folgen, mit der wenn auch gegen den Auftrag vollführten Verkaufs-Commission und ihren Folgen, in Eins zusammengeworfen werden kann. Hiernach bedarf es des Eingehens auf den zweiten Gesichtspunkt der behaupteten Unmöglichkeit der Ausführung des Auftrages am 3. April und des in dieser Beziehung von beiden Theilen angetretenen Beweises nicht.

Wenn der Verklagte an den auf den 3. April folgenden Tagen bis zum 27. April mit dem Verkaufe Anstand nahm, und sich mittelst der Briefe vom 3. 14. und 20. April 1852 weitere Verhaltungs-Anweisungen erbat, ohne daß jedoch der Verklagte darauf antwortete, so kann dem Kläger kein Versehen daraus zugerechnet werden, sofern, wie oben gezeigt, die Verkaufs-Ordre vom 3. April auf diesen Tag beschränkt war; jedenfalls wäre es Sache des Verklagten gewesen, welcher von der seiner telegraphischen Ordre zu Theil gewordenen beschränkten Auffassung durch das Schreiben des Klägers vom 3. April in Kenntniß gesetzt war, einen etwaigen Irrthum umgehend zu berichtigen und die ertheilte Ordre zu declariren. Erst mittelst Schreibens vom 21. April 1852 will der Kläger durch seinen Agenten G. im mündlichen Auftrage des Verklagten, dessen Anweisung erhalten haben, sowohl den Roggen als das Rüböl nach seinem besten Ermessen bestmöglichst zu verkaufen. G. hat auch eidlich bekundet, daß der Verklagte, mit welchem er schon öfter im Namen des Klägers Geschäfte abgeschlossen habe, ihn am 21. April 1852 beauftragt habe, dem Kläger mitzutheilen, daß dieser den Roggen und das

Oel, welches er an den Verklagten verkauft, ganz nach seinem Ermessen bestmöglichst verkaufen solle, da sich der Verklagte aus der Speculation herausziehen wolle. In diesem Sinne lautet auch der von dem Zeugen an den Kläger geschriebene Brief. Der Appellations-Richter hat dem Kläger auf Grund dieser Aussage noch einen Ignoranz-Eid auferlegt. Ein Grund, sich darüber zu beschweren, liegt für den Verklagten nicht vor. Seine Wissenschaft davon, daß G. der Agent des Klägers für Berlin war, hat der Verklagte nicht in Abrede gestellt. Wenn er den Mangel der schriftlichen Form der angeblich von ihm an G. gemachten Mittheilung rügt, so erscheint dies nicht begründet, weil sich jene Mittheilung nicht auf einen, dem G. ertheilten Vollmachts-Auftrag des Verklagten zurückführen läßt. Als Agent war G. der Vermittler der Geschäfte des Klägers in Berlin und zugleich der Empfänger und Weiterbeförderer der für den Kläger bestimmten Aufträge; in dieser Beziehung ist er der Vertreter des Klägers am hiesigen Platze; machte der Verklagte ihm Mittheilung von der beschlossenen Verkaufs-Ordre, so stellt sich dies eben so dar, als wenn er seinen Entschluß und die Ordre dem Kläger selbst in Cöln und für Cöln mitgetheilt hätte, nach Rheinischem Rechte bedarf es aber dazu der Schriftform nicht.

Wenn der Verklagte ferner den Mangel der Glaubwürdigkeit des G. rügt, so ist es zwar richtig, daß derselbe Agent des Klägers ist, und daß ihm seiner eigenen Angabe nach ein Anspruch gegen den Kläger auf Provision aus dem vorliegenden Geschäfte für den Fall zusteht, daß der Proceß zu Gunsten des Klägers ausfällt; er hat indeß erklärt, daß er mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse des Letzteren den Anspruch aufgegeben habe und nicht weiter verfolgen werde; er hat den Zeugeneid geleistet, seine Aussage enthält

seine Widersprüche und entbehrt in Verbindung mit dem Inhalt des von ihm abgesandten Schreibens vom 21. April 1852 und der brieflichen Mahnung des Klägers, Dispositionen zu schicken, der inneren Wahrscheinlichkeit nicht, so daß sie wohl geeignet erscheint, einen nothwendigen Eid zu rechtfertigen. Es liegt auch kein dringender Grund dafür vor, diesen Eid dem Verklagten, anzuvertrauen.

Daß nun Kläger mit der Ausführung, des durch den Eid noch zu bewahrheitenden Verkaufs-Auftrages bis zum 27. April wartete und auch an diesem Tage noch nicht die vollen 1000 Malter sondern nur 500 Malter für Rechnung des Verklagten verkaufte, kann als ein Handeln gegen den Auftrag nicht angesehen werden, weil der Verkaufs-Auftrag vom 27. April rein in das „beste Ermessen des Klägers" gestellt war und von dem Verklagten nicht dargelegt ist, daß und wiefern Kläger wissentlich dagegen gehandelt habe. Der Kläger konnte begründete Hoffnung haben, daß sich die bisher gewichenen Preise wieder heben würden, auf seine Mittheilung des Verkaufes der 500 Malter, sowie auf spätere Schreiben und selbst auf die Sommation vom 22. Mai 1852, zog es der Verklagte vor, zu schweigen, anstatt seine Genehmigung oder Mißbilligung zu erklären und die ferner verlangte Instruction zu ertheilen. Darüber war die Zeit zur Abnahme der noch unverkauft gebliebenen 500 Malter gekommen, und wenn nun Kläger am 1. Juni 1852 ohne Weiteres zum öffentlichen Verkaufe dieser Quantität schritt, so befand er sich in seinem Rechte, weil ihm als Einkaufs-Commissionair mit del credere wegen seiner Auslagen ein gesetzliches Pfandrecht auf das Commissionsgut zusteht, — Art. 93. 94. des Handelsgesetzbuchs, — und weil er nach der fruchtlosen Aufforderung vom 22. Mai 1852 befugt war, dasselbe durch den Verkauf zu realisiren.

der Aufnahme eines Beweises über eine in dieser Beziehung behauptete Observanz bedarf es hiernach nicht. Die Form der Realisirung des Pfandrechts ist im vorliegenden Falle inne gehalten, der Verkauf ist an der Börse von einem Gerichtsvollzieher, unter Zuziehung eines Mäklers und zweier Zeugen durch Steigerung bewirkt. — (Pardessus, cours de droit commerc. art. 131. 571. 573.) Gegen die einzelnen Positionen des klägerischen Risconto und Contocurrent ist von dem Verklagten in den früheren Instanzen nichts erinnert worden, es waren dieselben durchgehends für zugestanden zu erachten. Erst in dieser Instanz hat der Verklagte geltend gemacht, daß Courtage berechnet worden sei, ohne daß überhaupt bewiesen worden, daß der Kläger durch Mäkler gehandelt habe. Dies Monitum ist indeß in dieser Instanz nicht mehr zu berücksichtigen. Die Angemessenheit der Positionen hat der Verklagte nicht bemängelt.

Hiernach mußte die Bestätigung des vorigen Erkenntnisses erfolgen.

№ 48.

Unterlassung der Abforderung einer Verwaltungs-Rechnung.

Welchen Einfluß hat die, während fünf Jahren unterlassene Abforderung der Verwaltungs-Rechnung, auf die Beweislast, bei einem später erhobenen Anspruche des Principales gegen den Verwalter?

A. L. R. Thl. I. Tit. 14. §§. 157. 158.

Der Bürgermeister Z. war Vormund der Juliane J., welche den Kläger R. geheirathet hat und demnächst mit Hinterlassung von fünf minderjährigen Kindern gestorben ist. Für diese, wie in eigenem Namen, fordert Kläger von Ersterem die Summe von 750 Thlr., welche derselbe während der Vormundschaft als Zinsen eines, seiner Curandin von deren Großmutter angefallenen Capitals, erhoben hat. Der ehemalige Vormund wendete ein, daß er für diese, in einem zehnjährigen Zeitraume eingezogenen Zinsen, jenes Mädchen von dessen siebenten bis siebenzehnten Lebensjahre unterhalten und die Kosten seiner Erziehung bestritten habe, wozu der Betrag von 76 Thlr. jährlich nur eben hingereicht. Der Kläger räumte zwar die behauptete Thatsache ein, hielt aber die Gegenrechnung aus verschiedenen Gründen nicht für zulässig und wollte event. nur 25 Thlr. jährlich zugestehen, und als Verklagter endlich noch sich mit der ihm, nach beendigter Vormundschaft, vom Ehemanne R. ertheilten Decharge schützte, erachtete Kläger auch diese für gleichgültig.

Das Gericht erster Instanz hat jedoch um dieser Decharge willen die Klage zurückgewiesen. Dadurch sah Kläger sich veranlaßt, in zweiter Instanz die Mangelhaftigkeit dieser Decharge aus den über seine Frau geführten Vormundschafts-Acten geltend zu machen, und zu behaupten, daß seiner Frau, wie der Vormundschaftsbehörde, von diesem Capitale, wie von der Einziehung der Zinsen desselben durch den Vormund, damals gar nichts bekannt gewesen, von dem Vormunde überhaupt keine Rechnung gelegt worden sei.

Das zweite Erkenntniß pflichtete ihm hierin bei, und es hat, weil bei Aufnahme jener Decharge nicht unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften, namentlich nicht des §. 564. Tit. 18. Thl. II. A. L. R. verfahren, und auch

vom Vormunde niemals Rechnung gelegt worden, dem ertheilten Generalverzicht die rechtliche Wirkung abgesprochen, und den Verklagten zur Zahlung von 510 Thlr., als dem Ueberreste der eingeklagten Summe, nach Abzug der vom Kläger eventuell bewilligten 250 Thlr. verurtheilt.

Der Verklagte ergriff das Rechtsmittel der Revision, und mit Erfolg, indem der erste Senat des Ober-Tribunals am 11. Juli 1856 erkannt hat:

daß unter Abänderung des vom Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Posen am 26. October 1855 gesprochenen Urtels das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Ostrowo, vom 5. Januar 1855, wieder herzustellen.

Gründe.

Revident macht mit Recht geltend, daß er als Verwalter des Vermögens seiner Pflegebefohlenen anzusehen sei und daher der, einem Verwalter wegen verspäteter Ansprüche aus seiner Verwaltung zugesicherte Schutz, auch ihm zu statten kommen müsse. Nach §. 233. Tit. 18. Thl. II. des A. L. R. gehört die ordentliche wirthschaftliche Verwaltung des Vermögens der Minderjährigen zu den Pflichten des Vormundes und es ist nach §. 492. daselbst die Einziehung der Zinsen ausstehender Capitalien in der Regel ebenfalls seines Amtes. Die Vorschriften des zweiten Abschnittes im 14. Tit. I. Thls. A. L. R. (vom Verwaltungs-Vertrage) finden daher in soweit auf den administrirenden Vormund Anwendung, insbesondere die von der Rechnungslegung handelnden Bestimmungen. Dort ist nun auch der Fall bedacht, daß der Verwalter die ihm obliegende Rechnung nicht gelegt hat, und es heißt darüber Thl. I. Tit. 14.

§. 157. Hat der Principal dem Verwalter die Rechnungslegung erlassen, so kann er gegen die Verwaltung

desselben nur solche Ausstellungen, die auf einen begangenen Betrug hinauslaufen, anbringen.

§. 158. Einer ausdrücklichen Erlassung ist es gleich zu achten, wenn der Principal dem Verwalter eine Rechnung abzufordern binnen fünf Jahren vernachlässigt hat.

Nun sind zwar diese Vorschriften — wie schon in früheren Entscheidungen des Gerichtshofes ausgesprochen ist — immer noch mit gewisser Einschränkung zu verstehen, und die unterlassene Abforderung der Rechnung schließt, auch abgesehen von beträglichen Handlungen des Verwalters, nach Ablauf von fünf Jahren nicht Ansprüche jeder Art aus; es können namentlich solche Verschuldungen des Verwalters, die aus der Rechnung, auch wenn sie gelegt wäre, doch nicht ersehen werden konnten, weil die Rechnung nur über Einnahme und Ausgabe Nachricht giebt, aber nicht die ganze Geschäftsführung sich darin stets darstellt, gerügt werden und der Ablauf der fünfjährigen Frist befreiet ferner den Verwalter nicht von der Ausantwortung der durch die Verwaltung erweislich in seine Hände gelangten Vermögensstücke des Principals (vergl. die Präj. des Ober-Tribunals Nr. 2169 und 2191. zu 2.). Revident würde daher durch den Umstand, daß, nachdem er bei den Vormundschafts-Acten so wenig, wie der Juliane J. selber, nach beendigter Vormundschaft Rechnung gelegt hat, diese ihm auch in so langer Zeit nachher von der Curandin nicht abgefordert worden ist, noch nicht unbedingt von der Verantwortung für die erhobenen Zinsen befreit sein.

Die während fünf Jahren unterlassene Abforderung der Rechnung hat jedoch die Wirkung, daß dem gewesenen Verwalter der Beweis geführt werden muß, daß er noch etwas vom Vermögen des Principals hinter sich habe.

Hierzu genügt nicht ohne Weiteres der Nachweis, daß er während seiner Verwaltung eine gewisse Summe für jenen eingenommen habe. Sollte dies schon hinreichen und der Verwalter dadurch allein und unter allen Umständen schon genöthigt sein, seiner Seits darzuthun, daß und wie er die empfangene Summe für den Principal wieder verwendet habe, so müßte er auf diesem Wege nachträglich Rechnung legen, wozu er doch nach Ablauf der gesetzlichen Frist nicht mehr verpflichtet sein soll. Der in einem solchen Fall gesetzlich vorausgesetzte Erlaß der Rechnungslegung befreit ihn regelmäßiger Weise von allen Nachforderungen; er soll nicht genöthigt sein, sich demungeachtet noch zur Rechnungslegung bereit zu halten. Tritt aber einer der Fälle ein, wo er dennoch in Anspruch genommen werden darf, so ist das eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel, und deren Eintritt muß von dem, der sie behauptet und darauf seinen Anspruch gründet, bewiesen werden.

Man wird gewiß nicht bezweifeln, daß eine auf Betrug, gemäß §. 157. Tit. 14. Thl. I. des A. L. R. gegründete Forderung des ehemaligen Principales diesen zum Beweise des Betruges verpflichtet; es fehlt aber jeder Grund, den Fall irgend einer andern Verschuldung des Verwalters, aus welcher ein solcher nachträglicher Anspruch an denselben hergeleitet werden soll, anders zu beurtheilen, als daß dem Kläger die Last des Beweises obliegt. Wie dieser zu führen sei? bleibt in jedem einzelnen Falle zu prüfen, und die besonderen Umstände desselben können die Beweisführung dem Kläger sehr erleichtern. Wäre z. B. hier der Betrag der vom Verklagten erhobenen Zinsen so sehr bedeutend, daß deren volle Verwendung für den Unterhalt und die Erziehung der Juliane J. für eine nicht zu rechtfertigende Verschwendung erachtet werden müßte, die dem zur Sorgfalt

eines ordentlichen Hausvaters, nach §. 275. Tit. 18. Thl. II. des A. L. R. verpflichteten Vormund zum Vorwurfe gereichen würde, so könnte aus diesem Grunde schon die Erstattung des zuviel Ausgegebenen dem Vormunde zur Pflicht gemacht werden, ohne dadurch in dem Grundsatze über die Beweislast etwas zu ändern. Dieser Grund kann aber hier nicht Platz greifen, da 76 Thlr. jährlich keine allzugroße Summe für jenen Zweck darstellen, sollte auch vielleicht bei der allergrößten Sparsamkeit ein geringer Theil davon haben erübrigt werden können.

Der Appellations-Richter erkennt an, daß der Verklagte das für die ehemalige Pflegebefohlene wirklich Verwendete von den erhobenen Zinsen würde in Abzug bringen können, verlangt aber von ihm den Nachweis über die Höhe der Verwendung, und weil Verkagter diesen nicht geführt hat, will er demselben nur die eventuell vom Kläger bewilligten 25 Thlr. fürs Jahr zugestehen. Das ist nach der obigen Ausführung nicht richtig, und es kann bei der nur mäßigen Höhe der erhobenen Zinsen, von einem Nachweise, daß die Ausgabe dennoch zu hoch sei, nicht erst die Rede sein.

Es kommt auch nichts darauf an, daß der Kläger und dessen Frau, während der Dauer der Vormundschaft nichts davon gewußt haben sollen, daß der Vormund diese Zinsen bezogen, da dies zeitweise Nichtwissen in dem rechtlichen Verhältnisse der Betheiligten gegen einander nichts ändern konnte, bei dem es sich immer um einen Anspruch aus der geführten Verwaltung handelte, über welche eine Rechnung nicht gelegt und länger als fünf Jahre nach beendigter Verwaltung auch nicht gefordert worden ist. Denn daß das Capital selbst der großjährig gewordenen Frau demnächst zu Theil geworden ist und sie dann wenigstens Kenntniß von der bis dahin durch den Vormund geführten Verwaltung und Zin-

senerhebung erlangt und lange Jahre darauf noch gelebt hat, ohne Rechnung zu fordern, ist nach Lage der Acten nicht zu bezweifeln, da das Gegentheil vom Kläger nicht behauptet und vielmehr durch die Beschränkung seines Anspruches auf einen zehnjährigen Zinsenbetrag deutlich ausgedrückt ist, daß die später fällig gewordenen, noch in mehrere Jahre der Minderjährigkeit der Juliane J. fallenden Zinsen ihr, wie das Capital selbst, zugeflossen sind. Unter diesen Umständen dürfte die Richtigkeit der Ansicht des Appellations-Richters auch in thatsächlicher Beziehung Bedenken erregen, da durchaus nicht anzunehmen ist, daß die eben Genannte bei Ertheilung des Generalverzichts (Decharge) nach erreichter Großjährigkeit, nicht vollständige Kenntniß von der Sachlage gehabt haben sollte. Es kommt jedoch auf den Einfluß, den dieser Generalverzicht haben könnte, hier deshalb nichts an, weil es dieses Grundes zu Gunsten des Verklagten, nach obiger Ausführung, nicht erst bedarf, und es daher auch nicht nöthig ist, die Ausstellungen, welche Kläger dagegen erhoben, und die der Richter zweiter Instanz für erheblich erklärt hat, einer Prüfung zu unterziehen.

№ 49.

Uebernahme eingetragener Forderungen in Anrechnung auf das Kaufgeld.

Ob die aus der Uebernahme eingetragener Forderungen in Anrechnung auf das Kaufgeld hervorgehende Verpflichtung des Käufers erfüllt sei, wenn der Käufer zwar die übernommene eingetragene For-

derung an deren Inhaber zahlt, demnächst aber die Forderung auf Grund der ihm ertheilten Quittung anderweitig cedirt?

Plenarbeschluß vom 14. Februar 1842.

Der Verklagte hat in dem Vertrage vom 29. Juli 1852, durch welchen er von dem Kläger das Gut W. gekauft, in Anrechnung auf das Kaufgeld ein Capital von 10,000 Thlr. übernommen, welches aus der Schuldverschreibung des klagenden Verkäufers vom 4. Januar 1842 auf W. eingetragen steht. Gestützt auf den Plenarbeschluß vom 14. Februar 1842 hat Kläger in Antrag gebracht, den Verklagten zu verurtheilen, den Kläger von seiner persönlichen Verpflichtung für das gedachte Capital zu befreien. Von dem Verklagten ist diesem Anspruche entgegengesetzt, daß eine persönliche Verbindlichkeit des Klägers hinsichtlich dieses Capitals nicht mehr bestehe, diese persönliche Verbindlichkeit vielmehr erloschen sei. In dieser Beziehung ist thatsächlich außer Streit, daß der Verklagte das gedachte Capital an den eingetragenen Gläubiger gezahlt, und dieser unter dem 12. Februar 1853 dem Verklagten Quittung ertheilt und in die Löschung gewilligt hat. Der Verklagte hat jedoch das Capital nicht löschen lassen, sondern dasselbe auf Grund der ihm ertheilten Quittung unter dem 27. April 1853 anderweitig cedirt.

Das Kreisgericht zu Marienburg erachtete den Einwand des Verklagten für begründet und wies deshalb den Kläger durch Urtel vom 17. September 1855 mit der Klage ab. Das Appellations-Gericht zu Marienwerder verwarf jedoch den Einwand und verurtheilte unter dem 30. Januar 1856 den Verklagten nach dem Antrage. Auf eingelegte

Revision hat der dritte Senat des Ober-Tribunals unter dem 1. October 1856 das erste Erkenntniß wieder hergestellt.

Gründe.

An sich ist nach dem Plenarbeschlusse vom 14. Februar 1842 zweifellos, wird auch von dem Verklagten nicht bestritten, daß derselbe, indem er die aus der Schuldverschreibung des Klägers für die verehelichte von P. eingetragene Forderung von 10,000 Thlr. in Anrechnung auf das Kaufgeld übernahm, dadurch dem klagenden Verkäufer gegenüber, die Verpflichtung überkam, entweder Zahlung jener Post an den Gläubiger zu leisten, oder die Befreiung des Klägers von seiner Verbindlichkeit gegen den Hypotheken-Gläubiger zu bewirken.

Wenn indessen Kläger Befreiung von dieser seiner Verbindlichkeit fordert, so kommt es begreiflich zunächst darauf an, ob eine solche persönliche Verbindlichkeit überhaupt noch besteht und gegen ihn geltend gemacht werden kann. Dies kann aber nach Lage der Sache nicht angenommen werden. Thatsächlich ist außer Streit, daß Verklagter die in Rede stehende Forderung deren Inhaber, dem Landrath von G., gezahlt, und Letzterer darüber unter dem 12. Februar 1853 löschungsfähig quittirt hat. Wäre es hierbei verblieben, so würde Verklagter seiner Verbindlichkeit, die eben darin besteht, die in Anrechnung des Kaufgeldes übernommene Schuld dem Gläubiger zu zahlen, Genüge geleistet haben. Der Verklagte hat indessen von der ihm gesetzlich zustehenden Befugniß Gebrauch gemacht, und das gezahlte Capital auf Grund der ihm ertheilten Quittung anderweitig cedirt. Hiernach kommt es also darauf an, ob durch diese anderweitige Cession die durch die geleistete Zahlung untergegangene persönliche Verbindlichkeit des Klägers wieder aufgelebt, oder ob sie fortdauernd wirksam geblieben ist?

An sich ist freilich zweifellos, daß Verklagter, indem er die Cession bewirkte, nicht bloß den locus, sondern die Forderung mit den derselben anklebenden Rechten dem S. übereignet hat. Anderer Seits ist jedoch nicht minder unbedenklich, daß der Verklagte dem S. nicht mehr Rechte hat abtreten können, als er selbst besaß. Hätte aber Verklagter als Inhaber der in Rede stehenden Forderung, die persönliche Verbindlichkeit, denn um diese handelt es sich nur, gegen den Kläger geltend machen wollen, so würde er mit einem solchen Anspruche niemals haben durchdringen können. Denn die Einforderung derselben persönlichen Forderung, von welcher der Schuldner und Verkäufer vertragsmäßig zu liberiren war, würde, wenn sie von dem Verklagten selbst geschehen, einen dolus der contractlichen Verpflichtung gegenüber enthalten. Verklagter hatte das Aequivalent jener Schuldentilgung in dem gekauften Grundstücke erhalten; konnte und wollte er weder dies zurückgeben, noch den entsprechenden Theil des Kaufgeldes nachzahlen, so war die Geltendmachung der gesetzlichen Forderung unvereinbar mit dem Bestehen des Vertrages, zu dessen Erfüllung eben jene Schuldentilgung gehört. Hieraus folgt daher, daß der Verklagte die in Rede stehende Forderung nur mit der Einschränkung, welche sich aus der von der Befriedigung des eingetragenen Gläubigers unzertrennlichen contractlichen Pflicht ergiebt, cediren konnte und cedirt hat. Konnte aber der hieraus sich ergebende Einwand dem Verklagten entgegengesetzt werden, so kann dies nach §. 407. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R., welche gesetzliche Vorschrift, da es sich von Verfolgung des persönlichen Forderungsrechts handelt, nach dem Plenarbeschlusse vom 19. März 1855 anwendbar ist, nicht minder auch dem Cessionar des Verklagten und jedem Rechtsnachfolger entgegengesetzt wer-

den. Der Fall, daß Kläger aus seiner in der Schuldverschreibung vom 4. Januar 1842 übernommenen persönlichen Schuldverschreibung mit Erfolg in Anspruch genommen werden könnte, kann sonach nicht vorkommen.

An sich werden diese Grundsätze auch von dem Appellations-Richter anerkannt; er hält sie aber nur anwendbar, wenn der Cessionar als Kläger aufgetreten oder zu dem Processe zugezogen worden wäre; er hält sie aber dem Kläger gegenüber unanwendbar. Es ist ausgeführt, der Kläger verfolge sein gegen die Person des Verklagten erworbenes vertragsmäßiges Recht; dieses Recht sei ein begründetes, dem Kläger könne nicht zugemuthet werden, abzuwarten, bis er vielleicht nach Jahren wo die Vermögensverhältnisse des Verklagten, die Sicherheit des verpfändeten Grundstücks, die Gesetzgebung, oder die jetzt geltenden Rechtsansichten sich geändert haben könnten, aus seiner persönlichen Verpflichtung in Anspruch genommen werde und die Entscheidung von dem Ausgange des Processes abhängig zu machen.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Es enthält einen inneren Widerspruch, die Befreiung von einer Verbindlichkeit zu fordern, welche, wie gezeigt worden, niemals geltend gemacht werden kann, also rechtlich nicht mehr besteht. Ein solcher Anspruch hat gar keinen Gegenstand, und muß schon deshalb zurückgewiesen werden. Ueberdies ist die Verbindlichkeit, welche aus der Uebernahme eingetragener Forderungen in Anrechnung auf das Kaufgeld entsteht, eine alternative; der Verkäufer kann fordern, daß der Käufer entweder Zahlung der übernommenen Forderung leiste, oder die Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit bewirke; beides zugleich kann der Verkäufer nicht fordern. Im vorliegenden Falle hat nun aber der Ver-

klagte die von ihm übernommene Post wirklich gezahlt und dadurch seine in dem Kaufvertrage übernommene Verbindlichkeit erfüllt. Daß aber Verklagter demnächst auf Grund der ihm von dem Gläubiger ertheilten Quittung das Capital anderweitig cedirt hat, ist eine Thatsache, welche, wie gezeigt worden, die durch jene Zahlung erloschene persönliche Verpflichtung des Klägers nicht wieder ins Leben rufen kann. Diese Thatsache kann daher den Kläger nicht berechtigen, gegen den Verklagten einen Anspruch zu verfolgen, welcher bereits getilgt ist.

Aus diesen Gründen hat daher der Kläger mit seinem Anspruche abgewiesen und in Folge dessen das erste Erkenntniß wiederhergestellt werden müssen.

№ 50.

Convalescenz einer ungültig bestellten Hypothek.

Ob die im §. 406. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. angeordnete Convalescenz der ungültig bestellten Hypothek dadurch ausgeschlossen wird, daß der Besitztitel des Bestellers der Hypothek nicht besonders im Hypothekenbuche, vielmehr der Besitztitel auf seinen Nachfolger eingetragen ist, und des Bestellers, als Eigenthümers, nur historisch im Hypothekenbuche Erwähnung geschieht?

A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §. 406.

Das Grundstück Nr. 4b. zu G. hatte die Marianne Sp. durch Erbreceß vom 9. September 1840 erworben und

in die Ehe mit Lucas Sp., mit welchem sie in Gütergemeinschaft lebte, eingebracht. Der Besitztitel war für sie und ihren Ehemann in Folge der Gütergemeinschaft eingetragen. Sie starb am 13. März 1843 ohne Testament und mit Hinterlassung ihres Ehemannes und Kinder zweier Ehen. Am 23. November 1847 stellte Lucas Sp. dem Kaufmann Salomon M. eine notarielle Schuld-Obligation über ein Darlehn von 300 Thlr. aus, und verpfändete hierfür das Grundstück als sein angebliches Eigenthum. Der Gläubiger cedirte seine Forderung noch vor der am 25. Januar 1852 erfolgten Eintragung an den D. M. L. Die Eintragung geschah im Hypothekenbuche nur auf den Antheil des Lucas Sp. Dieser hatte am 6. October 1849 seine Eigenthumsrechte an den Nachlaß seiner Ehefrau, namentlich an dem Grundstücke, dem Verklagten D. abgetreten. Der Nachlaß war damals noch ungetheilt und erst durch den am 8. Juni 1852 obervormundschaftlich bestätigten Erbreceß erhielt Sp. das Eigenthum des ganzen Grundstücks. Hiernächst hat er, da die Hypothekenbehörde auf Grund des Vertrages vom 6. October 1849 den Besitztitel für Verklagten zu berichtigen Anstand nahm, einen neuen Ueberlassungs-Vertrag am 30. November 1853 geschlossen, in Folge dessen der Besitztitel für Verklagten berichtigt worden ist, ohne daß vorher der Besitztitel für L. Sp. als Alleineigenthümer besonders berichtigt worden, dessen vielmehr nur historisch im Hypothekenbuche Erwähnung geschehen ist. L. hatte inzwischen auf Subhastation des Grundstücks angetragen, ist aber durch Erkenntniß vom 24. October 1851 mit dem Antrage auf Ertheilung des Zuschlages an den Meistbietenden rechtskräftig abgewiesen worden, weil angenommen wurde, daß das Eigenthum des Grundstücks dem L. Sp. nicht zugestanden habe, und der Nachlaß der

Ehefrau des Sp. für die Schuld nicht verhaftet sei. Jetzt hat der Gläubiger L. die Mandats-Klage wegen 105 Thlr. Zinsen der 300 Thlr. vom 23. November 1847 bis dahin 1854 angestrengt. Verklagter bestritt dem Anspruche die Gültigkeit der Hypothek, weil diese nicht gültig bestellt und eingetragen worden. Das Kreisgericht zu Pleschen erkannte am 14. September 1855 auf Vollstreckung des Mandats. Der Verklagte bestritt in zweiter Instanz die Anwendbarkeit des §. 410. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R., welchen der Richter geltend gemacht hatte, weil es sich hier von einem unbestimmten Antheil des Sp. handle, auf welchem die Hypothek ruhe und Kläger in mala fide gewesen, behauptete, daß die Eintragung überhaupt wirkungslos sei und erhob auch den Einwand der Verjährung. Der Kläger bestritt die Richtigkeit und Erheblichkeit dieser Einwendungen, namentlich für den Mandats-Proceß. Der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Posen hielt durch Erkenntniß vom 1. April 1856 das Mandat vom 23. Juni 1855 auf Höhe von 57 Thlr. 12 Sgr. 6 Pf. aufrecht, hob es aber wegen 47 Thlr. 17 Sgr. 6 Pf. auf. Der Appellations-Richter gab zwar zu, daß die am 23. November 1847 erfolgte Hypothekenbestellung an sich unstatthaft gewesen, er war aber der Ansicht, daß gemäß §§. 16. und 406. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. die Eintragung der Hypothek, so wie diese selbst durch Convalescenz Kraft gewonnen habe, weil der Besteller später das Eigenthum des ganzen Grundstücks erworben, und es unerheblich sei, daß die Eintragung auf den damals unbestimmten Antheil des Sp. an dem Grundstücke erfolgt sei, so wie denn auch die sonstigen Einwendungen des Verklagten, daß der Vertrag vom 6. October 1849 entgegenstehe, und daß Kläger in mala fide gewesen, theils nach §. 410. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. unbe-

gründet, theils unerwiesen seien. Es sei aber das Realrecht erst mit dem 25. Januar 1851 existent geworden, und daher seien ältere Zinsen nicht zuzusprechen, hinsichtlich der späteren Zeit sei aber der Einwand der Verjährung unbegründet.

Verklagter erhob in der eingeführten Nichtigkeits-Beschwerde folgende Angriffe gegen das Appellations-Urtel. Der Appellations-Richter wende die §§. 16. und 406. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. unrichtig an, verletze den §. 9. a. a. O. und den Rechtsgrundsatz, daß dem Einzelnen von mehreren Miterben während der Fortdauer ihrer Gemeinschaft ein bestimmter verhältnißmäßiger Antheil an jedem einzelnen Nachlaßstücke als sein besonderes Eigenthum nicht zustehe. Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat in dem Urtel vom 26. September 1856 diese Angriffe für unbegründet erachtet und aus nachstehenden

Gründen

auf Zurückweisung der Nichtigkeits-Beschwerde erkannt.

Nach der unangefochtenen Feststellung des Appellations-Richters war der Besitztitel des Grundstücks, welches der Lucas Sp. im Jahre 1852 erworben, und jetzt auf den Namen des Verklagten eingetragen ist, früher auf den Namen der Marianne Sp. und des mit ihr in Gütergemeinschaft lebenden Ehemannes berichtigt. Lucas Sp. stellte nach dem Tode seiner Ehefrau am 23. November 1847 dem Salomon M. eine notarielle Schuldverschreibung über 300 Thlr. aus und verpfändete dafür das angeblich ihm gehörige Grundstück. Nachdem die Forderung an den Kläger cedirt worden, wurde sie am 25. Januar 1851 auf den Antheil des Sp. eingetragen, Sp. aber erwarb durch Erbreceß vom 8. Juni 1852 das Eigenthum des Grundstücks. Der Appellations-Richter verkennt nicht, daß Sp. am 23.

November 1847 zur Bestellung der Hypothek nicht befugt, daß diese an sich ungültig gewesen und er kann daher nicht gegen den in der Richtigkeits-Beschwerde formulirten aus dem Gutachten des Ober-Tribunals vom 24. August 1840 (Justiz-Minist.-Bl. S. 379.) den Präjudicien 1084. 1101., vom 14. Januar 1842 und 17. December 1851 (Entsch. Bd. 7. S. 270., Bd. 22. S. 251.) hergeleiteten Rechtsgrundsatz verstoßen, daß dem Einzelnen von mehreren Miterben, während d r Fortdauer ihrer Gemeinschaft ein bestimmter verhältnißmäßiger Antheil an jedem einzelnen Nachlaßstück als sein besonderes Eigenthum nicht zustehe. Der Appellations-Richter hat vielmehr die Gültigkeit der Hypothek aus der Convalescenz des Rechtsgeschäfts hergeleitet, weil Sp. später das Alleineigenthum des Grundstücks erworben hat. Der Implorant rügt zwar hier die unrichtige Anwendung der §§. 16. und 406. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. Allein dieser Angriff ist unbegründet. Auf den §. 16. kommt es zunächst nicht an, da der §. 406. ganz speciell die Bedingungen der Convalescenz für Hypothekenforderungen feststellt.

Der Paragraph bestimmt:

Doch hat, wenn nach erfolgter Hypothekbestellung der Schuldner als Eigenthümer der Sache in das Hypothekenbuch wirklich eingetragen wird, die allgemeine Vorschrift §§. 16. 17. Anwendung.

Der Appellations-Richter stellt nun nicht fest, daß der Besitztitel des Grundstücks auf den Sp., nachdem er es erworben, berichtigt worden. Es ist dies auch nicht geschehen, der Besitztitel vielmehr auf den Verklagten berichtigt worden. Es könnte daher die Frage entstehen, ob dieser Umstand die Anwendbarkeit des §. 406. a. a. O. ausschließt? Der strenge Wortlaut des Paragraphen scheint dafür zu sprechen, doch kann die wahre Bedeutung des Paragraphen nicht da-

hin verstanden werden, daß die Besitztitel-Berichtigung die durchaus nothwendige Bedingung der Convalescenz sei. Bei Abfassung des §. 406. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. ging der Gesetzgeber davon aus, daß nach Vorschrift der Hypotheken-Ordnung und des Allgemeinen Landrechts der Besitztitel des jedesmaligen Eigenthümer im Hypothekenbuche eingetragen werden müsse. Durch diesen Zwang zur Berichtigung des Besitztitels war Jeder, der von einem noch nicht eingetragenen wahren Eigenthümer Rechte herleitete, geschützt. Durch die Aufhebung der Zwangstitelberichtigung, durch die Zulassung, daß der Besitztitel auf Zwischenbesitzer nicht mehr förmlich eingetragen, sondern deren Eigenthum nur historisch vermerkt wird, kann dem Hypothekengläubiger das Recht nicht verloren gehen, welches der §. 406., indem er die Convalescenz zuläßt, ihm gewährt. Das Wesentliche, der Grund der Convalescenz ist der, daß dem Besteller der Hypothek die mangelnde Dispositionsbefugniß durch ein späteres Ereigniß geworden ist, und daß die so Anfangs unkräftige Hypothekbestellung nunmehr kraft Gesetzes wirksam wird, weil der Hypothekbesteller inzwischen das früher nicht vorhandene Eigenthum wirklich erlangt hat. Die Besitztitelberichtigung ist nur ein Hinterher, auf welches der Gesetzgeber in dem §. 406. darum Gewicht gelegt hat, weil sie (wie bemerkt) nach der damaligen Gesetzgebung erfolgen mußte und dadurch der Uebergang des Eigenthumes für Jedermann constatirt wurde. Der historische Vermerk rücksichtlich des Zwischeneigenthümers ersetzt auch in der That vollkommen die Besitztitelberichtigung auf diesen selbst, da auch ein späterer Eigenthümer seine Rechte von dem herleitet, welcher die Hypothek bestellt und hiernächst wirklicher Eigenthümer geworden, und daher nicht ohne bösen Glauben und wider besseres Wissen den Eintritt der Convalescenz

und die Wirksamkeit der eingetragenen Hypothek in Abrede stellen kann. Die Abweichungen in der formellen Behandlung des Hypothekenwesens können unmöglich materielle Rechte kränken und aufheben, und so kann der Umstand der Convalescenz nicht entgegenstehen, daß das Eigenthum des Hypothekenbestellers nur historisch aus dem Hypothekenbuche hervorgeht. Selbst der etwaige Mangel des historischen Vermerks kann dem, welcher sein Eigenthum von dem Verpfänder herleitet, nicht zu statten kommen, da er bei Einsicht des Hypothekenbuches sich überzeugen mußte, daß der, von welchem er sein Recht herleitet, die betreffende Hypothek bestellt hatte. Steht nun im vorliegenden Falle unzweifelhaft fest, daß Sp. Eigenthümer des ganzen Grundstücks geworden, so ist auch die Anfangs ungültige Hypothek wirksam geworden, und der Appellations-Richter hat daher mit Recht den §. 406. l. c. zur Anwendung gebracht, weil es, wie gezeigt, unerheblich ist, daß der Besitztitel sofort auf seinen Käufer, den Verklagten, berichtigt worden, und nicht noch vorher auf den Sp., was eine jetzt unnöthige Förmlichkeit sein würde, da Verklagter lediglich seine Rechte von eben diesem Sp. herleitet, und die eingetragene Hypothek anerkennen muß, welche in demselben Moment convalescirt, als Sp. ihm selbst das Eigenthum übertragen konnte. Es erscheint sonach auch dieser Angriff des Imploranten gegen das Appellations-Urtel unbegründet. Dasselbe gilt endlich von dem Angriff, daß §. 9. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. verletzt erscheine. Es ist nämlich zwar im Allgemeinen richtig, daß zur Erlangung eines Hypothekenrechts nicht bloß ein Titel zur Hypothek, sondern auch die Eintragung als Erwerbsart gehört. Allein die Eintragung ist nicht auf einen bestimmten Antheil des Sp. an dem Grundstück erfolgt, sondern auf seinen Antheil überhaupt.

Er hatte damals noch keinen bestimmten Antheil, vielmehr nur ein Recht an die Erbschaft selbst. Wenn daher der Hypotheken-Richter die Eintragung, mit Rücksicht auf die Gütergemeinschaft zwischen ihm und seiner verstorbenen Ehefrau, dennoch auf seinen Antheil am Grundstücke veranlaßte, so kann er dies nur dahin verstanden haben, daß er die Eintragung auf dasjenige Eigenthum bewirkte, welches der Sp. durch die Erbauseinandersetzung erlangen würde. Ist nun durch diese festgestellt, daß Sp. Eigenthümer des Ganzen wurde, so ist auch die Wirkung der Convalescenz auf diese Eintragung selbst, auf den modus acquirendi zu beziehen. Die Eintragung war geschehen, und wenn auch zur Ungebühr, so war doch dieser Mangel beseitigt und es handelt sich nur von der Bedeutung, dem Umfang der Eintragung. Diese kann im Sinne des Hypotheken-Richters nur auf dasjenige Eigenthum gehen, welches er überhaupt erlangt, d. i. hier das ganze Grundstück. Der Anfangs unbestimmte Antheil hat als volles Eigenthum später sich herausgestellt und somit kann nicht gesagt werden, die Eintragung sei ganz wirkungslos oder gelte nicht auf das ganze Grundstück, weil die Eintragung auf diesem fehle. Vielmehr erstreckt sich die Convalescenz der Hypothekenbestellung auf das dingliche Recht in seinem ganzen Umfang. Demgemäß war die Nichtigkeits-Beschwerde überall zu verwerfen.

№ 51.

Rechtliche Folge des Ablaufs der Zeit, für welche ein Vermiether oder Verpächter zu verfügen befugt war.

Ob der Ablauf der Zeit, sei es die Lebenszeit oder irgend eine andere bestimmte, für welche der Verpächter oder Vermiether über die verpachtete oder vermiethete Sache zu verfügen berechtigt war, den Pacht- und Miethsvertrag von Rechts wegen aufhebt oder ob der Nachfolger im Besitz der Sache, die Wahl hat, den Vertrag aufzurufen, oder denselben fortzusetzen, und ob in jedem Falle der Nachfolger in die contractlichen Rechte des Verpächters oder Vermiethers hinsichtlich der Rückgewähr der Sache eintritt?

A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §§. 388 ff.

Durch Vertrag vom 5. Januar 1849 verpachtete B. das Grundstück seiner Ehefrau an die verehelichte S. Nach der Uebergabe-Verhandlung vom 7. desselben Monats übernahm die Pächterin eine Quantität Erbsen, Gerste und Hafer mit der Verpflichtung, so viel Körner, so wie die Wintersaat, welche sie übernommen, zurück zu gewähren. Vor Ablauf der Contractszeit wurde der B. durch richterliche Entscheidung der Verwaltung und des Nießbrauchsrechts an dem Eingebrachten seiner Ehefrau verlustig erklärt. Diese führte die Lösung des Pachtverhältnisses im Weg

des Processes herbei, erhielt jedoch das der Pächterin übergebene Saamenkorn nicht zurück. Den Anspruch hierauf trat sie dem M., dem jetzigen Kläger, ab. Verklagte bestritt den Anspruch an sich und hinsichtlich der Höhe des geforderten Betrages. Das Kreisgericht zu Leobschütz verurtheilte am 14. September 1855 die Verklagte nach dem Klageantrage, der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Ratibor wies aber durch Urtel vom 11. Juli 1856 den Klageanspruch zurück, indem er, ohne daß dies von der Verklagten geltend gemacht worden, annahm, der Cessionar sei zur Klage nicht legitimirt, weil der Anspruch rücksichtlich des Saamenkorns mit dem Hauptgegenstande des Vertrages nicht wesentlich zusammenhänge, vielmehr auf einem uneigentlichen Darlehn beruhe, welches vermöge des maritalischen Nießbrauchsrechts des Ehemannes, das durch die Auflösung des Pachtvertrages nach Beendigung seines Nießbrauchsrechts nicht alterirt worden, nur dem Ehemanne, nicht der Cedentin des Klägers, Rechte gewähre, weil diese nur soweit Rechte gegen Verklagte hinsichtlich der Rückgewähr geltend machen könne, als sie zur Geltendmachung von Ansprüchen der Art gegen ihren Ehemann befugt sei. Lediglich aus diesem Grunde hat der Appellations-Richter ohne weitere Erörterung der Sache das erste Erkenntniß abgeändert.

In der eingeführten Nichtigkeits-Beschwerde ist unter anderen Angriffen die Verletzung der §§. 388. 389. Tit. 21. Thl. I. A. R. L. und der §§. 256. 614. 615. 766. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. durch unpassende Anwendung und die Verkennung des Rechtsgeschäfts, da es sich von einem uneigentlichen Darlehne gar nicht handle, dem Appellations-Richter zum Vorwurf gemacht worden Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat auch durch Urtel vom 15. Sep-

tember 1856 das Appellations-Urtel vernichtet und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Entscheidungsgrund des Appellations-Richters beruht ganz allein auf der Ausführung, daß der Kläger zur Sache nicht legitimirt sei, weil die Cession der verehelichten S. sich nicht auf den jetzt geltend gemachten Anspruch beziehen könne.

Um zu diesem Resultat zu gelangen, geht der Richter von dem ganz richtigen Satze aus, daß der geltend gemachte Anspruch nur aus dem Vertrage zwischen dem Ehemanne der Cedentin und der Verklagten herzuleiten sei; er gelangt aber zu der weiteren Deduction, welche sich auf das maritalische Nießbrauchsrecht des Ehemannes und der Unterlage gründet, daß die Stipulation des Vertrages hinsichtlich des Saatgetreides mit dem Hauptgegenstande des Pachtvertrages nicht wesentlich zusammenhänge, vielmehr auf einem uneigentlichen Darlehne beruhe, einer Supposition, zu welcher der Vertrag so wenig als die Auslassungen der Parteien Anlaß geben, nur durch unrichtige Auffassung der rechtlichen Stellung der Cedentin, nachdem der Nießbrauch des Ehemannes durch Urtel und Recht sein Ende erreicht hatte, zu der Pächterin. Der Appellations-Richter sagt nämlich: „die Cedentin des Klägers hatte als Eigenthümerin von der Pächterin als unvollständigen Besitzerin die Rückgewähr in demselben Umfange zu fordern, wie der Ehemann und Auctor der Pächterin sie seiner Seits als Nießbraucher zu leisten hatte," und folgert dann weiter, daß es sich von den von dem Ehemanne zu erstattenden Nutzungen nicht, sondern von einem Forderungsrecht des vormaligen Nießbrauchers handele. Der Appellations-Richter verletzt durch diese unrichtige Auffassung des Rechtsverhältnisses den §.

388 ff. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. Hiernach nämlich lag es in dem freien Willen der Cedentin des Klägers, nachdem der Nießbrauch des Ehemannes geendigt hatte, ob sie den keineswegs von Rechtswegen aufgelöseten Pachtvertrag bestehen lassen und die Pachtung fortsetzen, oder ob sie die Fortsetzung ablehnen wollte. In letzterem Falle mußte sie nach §. 389. a. a. O. die Pacht aufkündigen und dem Pächter die gesetzliche Frist gestatten. Es folgt hieraus nothwendig, daß die Ehefrau bei Auflösung des Nießbrauchsrechts des Ehemannes in den gesammten Pachtvertrag eintritt, weil derselbe an sich rechtlich besteht, aber von ihr aufgehoben werden darf, und daß eben deswegen, wenn die Pacht von ihr aufgerufen wird und sie die Räumung der Pacht verlangt, sie auch berechtigt ist, alle die Rechte geltend zu machen, welche für den Fall der Räumung der Pacht, dem Verpächter nach Inhalt des Vertrages zustehen.

Die Bestimmung des §. 388. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R., welche auch auf das in Rede stehende Verhältniß der Verpachtung des Eigenthums der Ehefrau durch den Ehemann, bei Endigung des Nießbrauchs desselben unzweifelhaft Anwendung findet, vergl. Präjudiz 770. Entscheidungen Bd. 8. S. 351., würde völlig unverständlich sein, wenn mit dem Ablauf der Lebens- oder sonst bestimmten Zeit, auf welche das Verfügungsrecht des Verpächters sich beschränkt, das Pachtverhältniß von Rechtswegen gelöset wäre, und das dingliche Recht von Rechtswegen aufgehoben wäre; es könnte dann von dem Recht des N a ch f o l g e r s im Kontract weder gesprochen, noch ihm die Befugniß eingeräumt werden, den Vertrag fortzusetzen oder aufzukündigen. Vielmehr bleibt der Vertrag bis zur Räumung und Beendigung des Pacht-

vertrages, in rechtlichen Würden und zwar in seinem ganzen Umfange, so daß alle Rechte in dieser Beziehung auf den Nachfolger im Besitz von selbst übergehen.

Es ist hiernach völlig unrichtig, daß die Verklagte bei der Räumung nur daß zu leisten habe, was der Ehemann der Ehefrau zu erstatten gehabt haben würde.

Dies Rechtsverhältniß ist hier gar nicht in Frage, sondern das zwischen Verpächter und Pächterin, da, wie gezeigt die Ehefrau ganz an die Stelle des verpachtenden Ehemannes tritt, und daher auch gegen den Pächter alle Rechte aus dem Pachtvertrage, welche für den Fall der Räumung darin ausgesprochen sind, geltend zu machen befugt ist. Was also der Appellations-Richter über die Natur der Stipulation hinsichtlich des Saatgetreides und deren nur zufälligen Verbindung mit dem Pachtvertrage sagt, ist eben so willkührlich als hinfällig und unbegründet.

Könnte man auch den Ehemann als Eigenthümer des Saatkorns erachten, und annehmen es liege ein uneigentliches Darlehn vor, so würde dennoch Kraft des §. 388. a. a. O. die Cedentin des Klägers berechtigt sein, bei der Räumung der Pacht die Befugnisse geltend zu machen, welche der Pachtvertrag hinsichtlich der Rückgewähr der Pacht feststellt. Das Recht auf Rückgewähr des Saatkorns ist keinesweges ausschließlich dem Ehemanne als Nießbraucher erworben, sondern kommt der Ehefrau zu statten, und hängt wesentlich mit der Pachtrückgewähr, und dem Pachtverhältniß, in das die Ehefrau eintritt, zusammen. Die Ausführung des Richters, welche nicht auf Interpretation des Vertrages beruht, sondern auf Verkennen der rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien und der irrigen Auffassung der rechtlichen Folgen des gelöseten Nießbrauchsrechts des Ehemanns, erscheint sonach als rechtsgrund-

säßlich irrig, und war deshalb das Erkenntniß zweiter Instanz, welches nur auf dem irrigen Grunde beruht, daß Kläger nicht zur Sache legitimirt sei, zu vernichten.

In der Sache selbst ist auf Beweisaufnahme interloquirt worden.

№ 52.

Umfang eines negativen Rechts.

Gilt die im §. 89. Tit. 22. Thl. I. A. L. R. gegebene Regel auch bei anderen Rechten auf fremdes Eigenthum, als bei der Hütungsgerechtigkeit?

A. L. R. Thl. I. Tit. 7. §§. 81. 86.

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 504—507. 629. 630. 665.

Das dem Kläger gehörige Gut N. grenzt an das frische Haff, dessen Eigenthümer der Verklagte ist, und im Haff befinden sich hier Binsen, Rohr, Schilf und andere Grasarten. Der Kläger hat behauptet, daß er und seine Vorbesitzer seit unvordenklicher Zeit und länger als seit 44 Jahren, längs der ganzen N. Grenze, sich im ruhigen, und ungestörten Besitze der Benutzung der Binsen und Gräser befunden, dieselbe durch Verpachtung an Andere, welche die Binsen und Gräser abgemäht, ausgeübt und hiernach das Recht mittelst Ersitzung gegen den Fiscus erworben haben. Dabei hat der Kläger noch angeführt, daß von dem Grund und Boden des Guts N. in einer Reihe von Jahren mehrere Gewende, selbst ein ganzes Ellernwäldchen, vom Wasser weggespült worden, wie die alten Grenzsteine, welche sonst am Ufer gestanden, jetzt aber

weit im Haffe befindlich und noch zu erkennen, beweisen sollen. Dieser Umstand möge die Veranlassung gegeben haben, daß die Besitzer von R. die Binsen und Grasarten ausschließlich benutzt haben. Im Jahre 1851 hat indessen die Regierung zu Königsberg diese Binsen-Nutzung verpachtet und daher ist Streit entstanden, und in der Klage vom 31. August 1853 wider den Fiscus beantragt: ihn zu verurtheilen, das ausschließliche Recht des Klägers zur Benutzung der Binsen und der anderen Grasarten in dem ganzen Haff-Holme längs der Grenze von R. anzuerkennen.

Der Verklagte hat die Abweisung des Klägers verlangt, seine Behauptungen bestritten und den Wiederklage-Antrag erhoben: den Kläger zu verurtheilen, das Recht des Fiscus auf die qu. Nutzungen an Binsen, Rohr und Schilf, so weit der Wasserspiegel reicht, anzuerkennen.

Nachdem die über die Behauptungen des Klägers verfügte Beweisaufnahme erfolgt war, hat das Kreisgericht zu Braunsberg im Erkenntnisse vom 9. März 1855 entschieden: daß Verklagter schuldig, das Recht des Klägers zur Benutzung der Binsen und anderer Grasarten in dem ganzen Haff-Holme längs der Grenze des Guts R. anzuerkennen, der Kläger jedoch mit seinem Antrage auf Anerkennung der ausschließlichen Benutzung der Binsen und anderer Grasarten im Haff-Holme Seitens des Verklagten abzuweisen und insoweit der Reconventions-Antrag des Verklagten für erledigt zu erachten.

Der Richter hatte angenommen, daß zwar vom Kläger der Beweis der Ersitzung geführt worden, dagegen, um den Verklagten als Eigenthümer von der Nutzung auszuschließen, ein Untersagungs-Recht hätte behauptet und bewiesen werden müssen.

Gegen dieses Urtel hat der Kläger appellirt, weil er mit dem Antrage in Betreff der ausschließlichen Benutzung abgewiesen worden, und der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Königsberg hat auch das Erkenntniß erster Instanz im Urtel vom 2. October 1855 dahin abgeändert: daß Kläger mit seinem Antrage auf ausschließliche Benutzung der Binsen und anderer Grasarten im Haff-Holme nicht abzuweisen, vielmehr Fiscus gehalten, das Recht des Klägers auf diese ausschließliche Benutzung anzuerkennen. Der verklagte Fiscus hat jedoch die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben, diese aber ist im Erkenntnisse des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 9. September 1856 zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter stützt sein Erkenntniß auf zwei selbstständige Entscheidungsgründe. Er verurtheilt den Verklagten erstens auf Grund der Ersitzung des vom Kläger behaupteten negativen Rechts, und zweitens, oder vielmehr eventuell, auf die Vermuthung hin, daß der Kläger früher Eigenthümer des Grundes des Haffs, so weit dessen Bereich hier in Frage kommt, gewesen sei. Das Appellations-Urtel kann daher nur dann vernichtet werden, wenn beide Entscheidungsgründe durch die Nichtigkeits-Beschwerde widerlegt sind, da jeder einzelne dasselbe hält.

In Ansehung des ersten Entscheidungsgrundes ist vom Appellations-Richter festgestellt und unangefochten: daß innerhalb der 44jährigen erforderlichen Verjährungsfrist der Verklagte die Binsen- und Grasnutzung nicht sich selbst zugeeignet, sondern der Kläger dieselbe allein gezogen habe. Der verklagte Fiscus ist Eigenthümer des Haffs und, nach §§. 504—507. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. erlöschen Rechte des Eigenthums nicht durch Unterlassung des Gebrauchs,

so lange der Gegenstand im Besitze des Eigenthümers sich befindet, und durch bloße Unterlassung des Gebrauchs geht namentlich das Recht, in seiner eigenen Sache, etwas worüber die Gesetze nichts Besonderes bestimmen, zu thun, oder nicht zu thun, nicht verloren; jedoch kann dagegen ein Untersagungs-Recht erworben werden. Die §§. 504—506. a. a. O. beziehen sich aber nur auf den Fall des Verlustes und des Erlöschens von Rechten, nicht disponiren sie über den Erwerb der Rechte des Eigenthümers durch einen Anderen. Auch bezieht sich auf letzteren keinesweges der §. 507. a. a. O. Denn wenn nach §§. 86. und 87. Thl. I. Tit. 7. A. L. R. ein Untersagungs-Recht in der Befugniß des Einen besteht, dem Andern die Vornehmung einer Handlung zu verbieten, so ist durch dieses Untersagungs-Recht der Berechtigte keinesweges befugt worden, diejenige Handlung selbst auszuüben, welche dem Anderen zu verbieten er das Recht erworben hat. Dagegen besteht ein negatives Recht in der Befugniß, von dem Verpflichteten zu fordern, daß er eine Handlung des Berechtigten leide. Der Besitz eines negativen Rechts wird aber nach §. 81. Thl. I. Tit. 7. A. L. R. dadurch erlangt, daß der Berechtigte diejenige Handlung, welcher der Verpflichtete widersprechen konnte, ohne dessen Widerspruch vornimmt, und durch die Fortsetzung dieses Besitzes während der Dauer der Verjährungsfrist, hier 44 Jahre, ist das Eigenthum des negativen Rechts nach §§. 629. 630. 665. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. erworben. Umfaßt nun der Inhalt des negativen Rechts Handlungen, welche der Verpflichtete kraft seines Eigenthumsrechts an einer Sache hätte vornehmen können, so folgt von selbst, daß der Eigenthümer von denjenigen Handlungen, welche ein Anderer das Recht hat zu bewirken, ausgeschlossen sei.

Besteht beispielsweise das negative Recht im Nießbrauche einer fremden Sache, so wäre das Recht ohne Ausschluß des Eigenthümers vom Nießbrauche gar nicht mehr das Recht, welches §. 22. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. definirt, sondern nur ein anderes beschränktes Nutzungsrecht. Ganz ähnlich verhält es sich mit dem streitigen Rechte. Der Kläger hat das negative Recht erworben, die Binsen und die Gräser, welche in dem Haff-Holme des Verklagten wachsen, abschneiden zu lassen und sich zuzueignen, und dieses Recht würde natürlich ein anderes, wenn der Eigenthümer, ungeachtet der ihm entgegenstehenden Ersitzung eines unbeschränkten Rechts, kraft seines Eigenthums dennoch das Recht behalten hätte, die Binsen und Gräser ebenfalls abzuschneiden. Das ganze Recht würde durch eine solche Befugniß des Eigenthümers illusorisch, da dem Berechtigten sein Recht nichts mehr helfen kann, wenn der Eigenthümer die Binsen und Gräser, welche gewachsen sind, abgeschnitten hat. In dem Rechte des Klägers selbst liegt folglich schon die Ausschließlichkeit, die Ausschließung des Eigenthümers der verpflichteten Sache von der Mitausübung der Befugniß.

Die specielle Bestimmung des §. 89. Thl. I. Tit. 22. A. L. R. in Ansehung der Präsumtion, welche bei der Einräumung einer Hütungsgerechtigkeit für die Mithütung des Eigenthümers gelten soll, läßt sich hiernach als eine allgemeine Regel bei allen Rechten auf fremdes Eigenthum gar nicht ausführen, da sie nur in solchen Fällen nach der Natur der Sache analoge Anwendung finden könnte, wo nicht durch die Ausübung der Handlung von Seiten des Verpflichteten, dem Berechtigten gerade der Zweck und der Gegenstand seines Rechts genommen würde.

Aus diesen Gründen sind die Beschwerden des Imploranten über Verletzung des §. 89. Thl. I. Tit. 22.,

§§. 504—507. Thl. I. Tit. 9., §. 181. Thl. I. Tit. 7., §. 23. Thl. I. Tit. 8., §. 14. Thl. I. Tit. 19. A. L. R. durch Nichtanwendung verfehlt, und der erste Entscheidungsgrund des Richters, die Ersitzung, ist gerechtfertigt.

Auf den zweiten Entscheidungsgrund konnte es nicht ankommen.

№ 53.

Fixirung einer unbestimmten Brennholzgerechtsame. Belehrung der Parteien in Auseinandersetzungs-Sachen.

Wird durch Festsetzung eines Holzdeputates an Stelle der bisher unbestimmten Brennholzgerechtigkeit die Natur des Rechts verändert?

Ist für die Belehrnng der Parteien in Auseinandersetzungs-Sachen §. 65. Thl. I Tit. 25. der A. G. O. maaßgebend?

A. L. R. Thl. I. Tit. 22. §. 235.
Verordnung vom 20. Juni 1817 §. 42. (Gesetz-Sammlung S. 168.)

Die Lehnschulzen zu E. D. M. und R. hatten bisher aus der K.'schen fiscalischen Forst privilegienmäßig freies Brennholz resp. Raff- und Leseholz zu entnehmen. Ihr Bedarf ist zu Anfang dieses Jahrhunderts laut Verhandlung vom 23. October 1811 und Ministerial-Rescripts vom 28. Juni 1812 auf 8 Klaftern Weichholz fixirt, welches nach dem Erkenntnisse des vormaligen Oberlandes-Gerichts

zu Cöslin vom 2. Februar 1841 nicht in Knüppeln, sondern in Kloben verabreicht werden muß.

Fiscus hat jetzt auf Ablösung gedachter Berechtigung angetragen, welche Seitens der Lehnschulzen in der angegebenen Art und mit dem Beisatze als richtig anerkannt worden ist, daß die Berechtigten das jedesmal besonders zu berechnende Schlägerlohn zu erstatten hätten.

Für die Auseinandersetzung selbst haben sich die Parteien hiernächst dahin geeinigt, daß die Abfindung der Berechtigten durch eine vom Fiscus zu gewährende Rente erfolgen soll; sie sind aber Behufs deren Ermittelung und Feststellung darüber streitig: ob die Grundsätze der Gemeinheits-Theilungs- oder die der Ablösungs-Ordnung zur Anwendung kommen müßten, — ob die Nutzung als eine Grundgerechtigkeit oder eine Realabgabe zu betrachten sei und demgemäß deren Verwerthung nach Normalpreisen oder nach dem durch Sachverständige zu bestimmenden gemeinen Werthe zu erfolgen habe? Nachdem über letzteren ein Sachverständiger vernommen worden, erkannte die General-Commission für die Provinz Pommern zu Stargard am 27. Februar 1855:

> daß die Berechtigung der Lehn- und Freischulzengüter zur jährlichen Entnahme von 8 Klaftern weichen Brennholzes gegen Erstattung des Schlägerlohns für eine Grundgerechtigkeit, nicht aber für eine Reallast zu erachten und der Jahreswerth derselben auf eine Rente von 9 Thlr. 26 Sgr. für jedes Schulzengut festzustellen.

Die Provocaten appellirten und suchten auszuführen, daß die ursprüngliche Grundgerechtigkeit durch die Eingangs erwähnten Verhandlungen aus den Jahren 1811 und 1812 in eine Reallast umgewandelt worden sei; bestritten nunmehr aber auch ihre Verpflichtung zur Erstattung des Schlä-

gerlohns aus dem Grunde, weil ihnen dies nicht insbesondere durch das Ministerial-Rescript vom 28. Juni 1812 auferlegt worden und bemängelten die in dieser Beziehung früher abgegebene Erklärung, weil sie nach Vorschrift des §. 65. Thl. I. Tit. 25. A. G. O. über deren Folgen nicht belehrt worden seien.

Beim Revisions-Collegium für Landes-Cultur-Sachen erfolgte inzwischen am 28. September 1855 eine confirmatorische Entscheidung, gegen welche das Rechtsmittel der Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt ist. Letztere hat jedoch der zweite Senat des Ober-Tribunals im Erkenntnisse vom 10. Juli 1856 zurückgewiesen. In den

Gründen

heißt es wie folgt:

Nach der von den Imploranten nicht angefochtenen thatsächlichen Feststellung des Appellations-Richters haben die Besitzer der Eingangs gedachten Freischulzengüter das ihnen benöthigte Brennholz bis zum Jahre 1811 unmittelbar aus der K.'schen fiscalischen Forst entnommen; — es ist ihre Befugniß in dem Ministerial-Rescripte vom 28. Juni 1812 noch als eine Raff- und Leseholz-Gerechtigkeit bezeichnet, und der Zweck des, durch die Verhandlung vom 23. October 1811 und deren ministerielle Genehmigung abgeschlossenen Geschäfts dahin gegangen:

jene Berechtigung auf eine bestimmte Klafterzahl zu fixiren. Der Appellations-Richter setzt ferner factisch voraus, daß das Holz nach wie vor nur in der K.'schen Forst und zwar gegen Erstattung des Schlägerlohns angewiesen sei, und von den Freischulzen gefordert werden könne, und nimmt auf Grund dieses für die jetzige Entscheidung nach §. 16. der Verordnung vom 14. December 1833 lediglich festzuhaltenden Sachverhältnisses endlich an:

daß die Provocaten danach nicht berechtigt seien, bei einer etwaigen Unzulänglichkeit des K.'schen Reviers die Anweisung des Holzes aus anderen Forstrevieren zu fordern, vielmehr nach wie vor auf die ursprünglich servitutbelastete Fläche angewiesen blieben, und der Umstand, daß Fiscus ihnen jetzt eine, dem Bedürfniß entsprechende bestimmte Klafterzahl gegen Erstattung des Schlägerlohnes daselbst verabfolge, nur die Modalität in Ausübung der Grundgerechtigkeit geändert, nicht aber diese selbst als solche aufgehoben habe;

oder, wie er an einer früheren Stelle seines Urtels sagt:

daß durch eine solche Fixirung das Rechtsverhältniß nicht verändert werde, seinen bisherigen Character als Grundgerechtigkeit nicht verloren habe, und an deren Stelle keine bloße Lieferungsverbindlichkeit getreten sei.

Der Appellations-Richter hat hiernach nicht behauptet, daß jede Festsetzung einer unbestimmten Brennholzgerechtigkeit auf ein, mit der rechtmäßigen Benutzung im Verhältniß stehendes bestimmtes Holzdeputat — welche zu verlangen der Eigenthümer des belasteten Waldes nach §. 235. Thl. I. Tit. 22. des A. L. R. befugt ist — nur unter Vorbehalt des bisherigen Characters der Gerechtsame erfolge und, auch das fixirte Holz-Deputat stets als eine Grundgerechtigkeit im gesetzlichen Sinne und mit allen ihren fernern Consequenzen, namentlich in Betreff der, für den Fall einer definitiven Ablösung zur Anwendung zu bringenden Grundsätze (der Schätzungs- und Auseinandersetzungsmittel) zu betrachten sei; seine Entscheidung beruhet vielmehr einzig und allein auf einer Würdigung des vorliegenden factischen Materials; und wenn er nun im Hinblick auf dieses zu dem rechtlichen Schlusse gelangt, daß die ursprüngliche Servitut ihre desfallsige Natur nicht verloren, durch die

Verhandlungen aus den Jahren 1811 und 1812 keinesweges in eine bloße Lieferungsverbindlichkeit resp. Reallast umgewandelt sei und demgemäß für die jetzt beantragte Auseinandersetzung nur die Gemeinheits-Theilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821, nicht aber das Reallasten-Ablösungs-Gesetz vom 2. März 1850 zur Anwendung gebracht werden könne: so ist der ihm gemachte Vorwurf einer Verkennung der rechtlichen Natur der, in Rede stehenden Berechtigung mit Unrecht erhoben, und die aus Nr. 9. der Instruction vom 7. April 1839 entnommene Rüge eines rechtsgrundsätzlichen Irrthums um so weniger substantiirt, als der Appellations-Richter sich über die Natur und den wesentlichen Character des, in den Jahren 1811 und 1812 zu Stande gekommenen Geschäftes gar nicht ausläßt, sondern die thatsächlichen Verhältnisse vor und nach demselben ins Auge faßt, und darnach seine schließlichen Bestimmungen getroffen hat.

Ueberhaupt kann die Frage:

ob durch Fixirung einer bisher unbestimmten Brennholzgerechtsame auf ein gewisses, mit der rechtlichen Benutzung in Verhältniß stehendes Deputat eine vollständige Aenderung der rechtlichen Basis des Rechts eingetreten, die Grund-Gerechtigkeit in eine Reallast verwandelt sei, oder nicht?

nicht in abstracto, sondern nur nach dem Inhalte der betreffenden Verträge oder sonstigen thatsächlichen Momente beantwortet werden; und daraus erklärt es sich denn auch vollständig, daß während in zwei älteren, dem vorliegenden ähnlichen Fällen (cfr. Zeitschrift für Landes-Cultur-Gesetzgebung 3. 73. 225. Ergänzungen rc. von Rönne rc. 13. 172.) die auch hier adoptirten Grundsätze zur Geltung gekommen sind, bei einer späteren, vom höchsten Gerichts-

hofe unterm 20. December 1855 entschiedenen Sache (Nr. $\frac{612.\ 613.}{2.\ 781.}$ Brandenburg Z. de 33.) das Gegentheil, nämlich dafür angenommen werden konnte, daß eine früher unbestimmte, demnächst aber vergleichsweise auf ein jährliches Quantum in Klaftern fixirte Brennholzgerechtsame, als eine nach den Grundsätzen des Gesetzes vom 2. März 1850 ablösliche Reallast anzusehen, nicht aber für eine nach der Gemeinheits-Theilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 aufzuhebende Servitut zu erachten sei, und dem ersteren zufolge auf die sonstigen Leistungen des Berechtigten in Anrechnung gebracht werden solle.

Der erste Theil der Nichtigkeits-Beschwerde war demnach zurückzuweisen; nicht minder verfehlt ist aber auch der zweite gegen das Appellations-Urtel gerichtete Angriff.

Die Provocaten haben nämlich in der Verhandlung vom 25. Januar 1854 anerkannt, daß auf das ihnen gewährte Holzdeputat das, jedesmal zu berechnende, Schlägerlohn zu erstatten sei. Hierüber war in der Verhandlung vom 23. October 1811 und in dem Ministerial Rescripte vom 28. Juli 1812 allerdings nichts bestimmt, es ist auch über die rechtlichen Folgen jener oben gedachten Erklärung keine besondere protocollarische Belehrung ertheilt, und da der Appellations-Richter sie nichts destoweniger für rechtsverbindlich erachtet: so wird ihm nunmehr vorgeworfen, gegen §. 65. Thl. I. Tit. 25. der A. G. O. rechtsgrundsätzlich verstoßen zu haben.

In dieser Gesetzstelle ist freilich vorgeschrieben daß:

wenn eine, mit keinem rechtskundigen Beistande versehene Partei, welche zu den niederen Volksklassen aus dem Bauer- oder gemeinen Bürgerstande gehört, nicht bloß Thatsachen einräumt, sondern Verbindlichkeiten anerkennt oder Befugnissen entsagt, dieselbe der rechtlichen Folgen gehörig bedeutet, und wie solches geschehen, im Protocolle ausdrück-

lich bemerkt werden solle, widrigenfalls ein solches Anerkenntniß oder die Entsagung gegen die betreffende Partei ohne rechtliche Wirkung und als nicht erfolgt anzusehen sei. Es läßt sich indessen — selbst dann, wenn man in der, vom Appellations-Richter als bindend angenommenen protocollarischen Erklärung vom 25. Januar 1854 kein Zugeständniß einer einfachen Thatsache erblicken wollte — anderer Seits an sich doch schwerlich annehmen, daß Provocaten, Besitzer von Freischulzengütern, nur ein so geringes und schwächliches Fassungsvermögen haben sollten, um ohne besondere Belehrung nicht zu begreifen, daß eine Erklärung:

das Holzdeputat stehe ihnen gegen Erstattung des jedesmal zu berechnenden Schlägerlohnes zu,

die Verpflichtung zur Zahlung dieses letzteren in sich enthalte, und schon deshalb würde sie nach Maßgabe des Präjudices Nr. 333. (Sammlung 1. pag. 249. 250.) um so weniger für nothwendig erachtet werden können, als keine, auf Thatsachen beruhende Bedenken gegen den oben vorausgesetzten Grad geistiger Bildung der Provocaten beigebracht worden sind. — Vergl. Rechtsfälle I. Nr. 63. —

Hiervon aber ganz abgesehen ist §. 65. Thl. I. Tit. 25. der A. G. O. gar nicht das Gesetz, auf welches im vorliegenden Falle zurückzugehen wäre; — es kömmt vielmehr, — weil es sich hier um eine Auseinandersetzung nach den Vorschriften der Gemeinheits-Theilungs- oder Ablösungs-Ordnung handelt — statt desselben auf §. 42. der den Geschäftsbetrieb aller, für derartige Angelegenheiten speciell eingesetzten Behörden und deren Verfahren regelnden Verordnung vom 20. Juni 1817 an, welcher bestimmt, daß

den bei einer solchen Regulirung zuzuziehenden Privatpersonen die Wahrnehmung ihrer Gerechtsame selbst überlassen werden dürfe, und Seitens der Special-Commissa-

rien nur dahin zu sehen sei, daß die, der Geschäfte und Rechte unkundigen, Interessenten nicht aus Unkunde zu, ihnen nachtheiligen Erklärungen veranlaßt und überlistet werden, eine Belehrung aber bei solchen Gegenständen erfolgen solle, welche das Fassungsvermögen der Betheiligten überschreiten.

Inhalts desselben hat also die unterbliebene Belehrung selbst der nur mit geringen Geisteskräften ausgestatteten Personen, namentlich derjenigen, welche einer Classe angehören, von der §. 65. Thl. I. Tit. 25. der A. G. O. spricht, die rechtliche Wirkungslosigkeit einer zum commissarischen Protocolle abgegebenen Erklärung wegen Uebernahme einer Verpflichtung noch keinesweges zur Folge, — die gedachte Vorschrift macht vielmehr, obschon sie gerade auf Verhandlungen mit Leuten aus dem Bauernstande berechnet ist, dennoch bei weitem weniger Anforderungen als die A. G. O., und verlangt eine besondere Belehrung nur ausnahmsweise und für besonders prägnante Fälle, zu denen der gegenwärtige, welcher ein ganz einfaches leicht zu übersehendes und durch sich selbst verständliches Verhältniß berührt, offenbar nicht gehört.

Diesen Grundsätzen entspricht denn auch eine Reihe älterer Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes, (vergl. Zeitschrift für Landes-Cultur-Gesetzgebung 3. 85.) in welchen speciell anerkannt ist, daß jene Vorschrift keine bloß processualische sei, sondern einen Rechtsgrundsatz enthalte, und überhaupt bei allen, selbst außercommissarischen Geschäften und Verträgen Platz greife, zu welchen die Bestätigung der General-Commission erforderlich ist. Es liegt keine Veranlassung vor, von jenen consequent verfolgten Principien wiederum abzugehen, sie waren vielmehr auch jetzt und zwar um so mehr als maaßgebende festzuhalten, da sie den Fortschritten sich anschließen, welche die Bildung auch der

Bewohner des platten Landes seit Publication der A. G. O. in so erfreulicher Weise erfahrungsmäßig gemacht hat; — und eben darum durfte der Special-Commissarius wohl billig Anstand nehmen, jener in ihren Folgen einfach zu begreifenden Erklärung noch eine ausführliche Belehrung hinzuzufügen.

№ 54.

Rechtliches Verhältniß der Ehefrau, den Gläubigern des Ehemannes gegenüber, hinsichts eines aus dem eingebrachten Vermögen durch den Mann angekauften Pfandbriefes.

A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §§. 120. 121. 231. 239. 240. 241. 247. 319. 454. 548. 559.

Mehrere Gläubiger des vormaligen Gutsbesitzers T. hatten im Wege der Execution Arrest auf den vermeintlich ihrem Schuldner zugehörigen westpreußischen Pfandbrief Loosen und Geglenfelde Nr. 10. über 1000 Thlr. ausgebracht.

Gegen diese Gläubiger trat die Ehefrau des T. mit der Behauptung auf, daß sie den gedachten Pfandbrief aus dem von ihrem verstorbenen Vater erhaltenen Gelde angekauft und diesen Ankauf durch ihren Ehemann in ihrem Auftrage bewirkt habe. Sie will hierdurch das Eigenthum des Pfandbriefes erworben haben und trug klagend darauf an, die Gläubiger zu verurtheilen, daß sie ihr Eigenthum an dem Pfandbriefe anerkennen.

Durch die Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Wehlau vom 4. Mai und des Appellations-Gerichts zu Königsberg

vom 4. December 1855 ward die Klägerin mit dieser Klage abgewiesen. Der zweite Richter hielt die dem ersten Erkenntnisse zu Grunde liegende, und als unerwiesen angesehene Behauptung, daß der Ehemann der Klägerin adligen Standes sei, für unerheblich und gründete seine Entscheidung darauf, daß der vom angeblich Eingebrachten angekaufte Pfandbrief nicht für die Intervenientin außer Cours gesetzt worden, und, falls derselbe als lettre au porteur dem baaren Gelde gleich zu stellen, die Vindications-Klage gegen Dritte überhaupt ausgeschlossen und der Intervenientin vielmehr nur ein persönliches Forderungsrecht an den Mann auf Restitution ihres Eingebrachten verblieben sei.

Gegen diese Entscheidung legte die Klägerin die Nichtigkeits-Beschwerde ein. Durch Erkenntniß vom 8. October 1856 hat jedoch der dritte Senat des Ober-Tribunals die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe.

Die von der Implorantin behauptete Verletzung der §§. 231. 247. 239. und 240. Thl. II. Tit. I. des A. L. R. und des daraus abgeleiteten Rechtsgrundsatzes, daß Effecten, welche der Mann im Auftrage der Frau für dieselbe erwirbt, Eigenthum derselben werden und in die Kategorie des eingebrachten Vermögens treten, erledigt sich von selbst, wenn es richtig ist, wie der Appellations-Richter angenommen hat, daß der mitverklagte Ehemann Eigenthümer des von der Intervenientin als Eigenthum beanspruchten Pfandbriefes geworden ist.

Diese Annahme ist aber begründet und ohne Erfolg angegriffen.

An dem eingebrachten Gelde, von welchem nach der Behauptung der Intervenientin der Pfandbrief in ihrem Auftrage und für sie angekauft sein soll, verschafft der ehe-

männliche Nießbrauch dem Manne sofort das Eigenthum. Denn Geld gehört zu den verbrauchbaren Sachen und an diesen findet der Regel nach der quasi ususfructus vor dem eigentlichen ususfructus statt. Der quasi ususfructus an verbrauchbaren Sachen legt aber nur die Verpflichtung der Rückgewähr in genere auf, und machte daher den das baare Eingebrachte empfangenden Ehemann gleich einem Darlehnsnehmer zum Eigenthümer des empfangenen baaren Geldes mit der Verpflichtung zur dereinstigen Rückgewähr in genere. Es folgt dies aus dem §. 173. Thl. I. Tit. 21. und den §§. 120. 121. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. und findet in §§. 241. 548. Thl. II. Tit. 1. l. c. seine Bestätigung. Hiervon ausgegangen kann der §. 231. Thl. II. Tit. 1., welcher dem Ehemanne in Ansehung des Eingebrachten die Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers gewährt, resp. auferlegt, nicht verletzt sein, da der Nießbrauch an dem im §. 231. mitenthaltenen baaren Eingebrachten eben das Eigenthum mit der Verpflichtung dereinstiger Rückgewähr in genere verschafft. Die Ehefrau behält sonach wegen ihres baaren Eingebrachten nur als Gläubigerin ein Forderungsrecht an den Ehemann.

Wenn Implorantin die Richtigkeit dieses Grundsatzes mit der Behauptung anzugreifen sucht, daß die §§. 247. und 239. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. verletzt seien, so steht dieser Behauptung entgegen, daß das baar Eingebrachte weder zu den „eingebrachten Mobilien" im Sinne des §. 247., noch zu den eingebrachten Capitalien im Sinne des §. 239. gehört, vielmehr einen von diesen beiden Kategorien ganz verschiedenen Begriff darstellt. Es folgt dies nicht nur aus den in den §§. 10. 11. 12 ff. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. aufgestellten allgemeinen Grundsätzen, sondern auch aus den das Eherecht betreffenden deutlichen Vorschrif-

ten des §. 454. im Gegensatz des §. 559. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R., sowie aus der Verordnung über die Rechte der Ehefrauen vom 7. April 1838, in welcher unter den eingebrachten Mobilien offenbar nur Mobiliar und Wirthschaftsgegenstände, mit einem Worte, individuell bestimmte und einer längeren Dauer und Consistenz fähige Sachen verstanden sind.

War der Mann aber einmal Eigenthümer des ihm von der Implorantin eingebrachten baaren Geldes geworden, so war er auch befugt, über dasselbe mit Ausschließung aller Anderen aus eigener Macht zu verfügen; im Gebrauche seines Eigenthums hatte er sich von Niemand Vorschriften und Aufträge mit rechtlicher Wirkung machen zu lassen, sondern er konnte aus eigener Machtvollkommenheit damit schalten. — §. 1. Thl. I. Tit. 8. des A. L. R. — Selbst seine Ehefrau hatte ihm, wie der zweite Richter mit Grund ausführt, darüber keine Aufträge zu machen. War aber der Ehemann Eigenthümer des ihm inferirten baaren Geldes, so folgt ganz von selbst, daß auch die dafür angeschafften Capitalien mithin auch der angeblich mit dem inferirten Gelde angekaufte Pfandbrief — §. 12. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R., — das Eigenthum des Mannes geworden sind. Um diese Folge auszuschließen, ist zwar von der Implorantin die Behauptung aufgestellt, daß der Mann den Pfandbrief nicht für sich selbst, sondern für sie angekauft habe, und wider seinen Willen nicht Eigenthümer davon geworden sein könne. Im Hinblick auf §. 240. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. ist auszuführen gesucht, daß die bloße Willensübereinstimmung der Eheleute zur Hervorbringung eines derartigen Resultates genüge, da dieser Paragraph nur hinsichtlich der aus dem Eingebrachten angeschafften Grundstücke, Gerechtigkeiten und Capitalien verordne, daß dieselben, um

Eigenthum der Frau zu werden, auf deren Namen geschrieben werden müssen; alles Andere aber, namentlich Effecten, vermöge einfacher Willensübereinstimmung der Eheleute Eigenthum der Frau werde. Diese Folgerung könnte jedoch höchstens in so weit anerkannt werden, als es sich von dem Verhältniß der Ehefrau dem Manne gegenüber handelt; sie ist aber nicht anzuerkennen in Beziehung auf das Verhältniß der Ehefrau zu dritten Personen. Damit nämlich Dritten gegenüber der Ehefrau das Eigenthum an dem aus der Substanz des Eingebrachten gemachten Erwerbe gewahrt werde, müssen je nach der verschiedenen Natur desselben verschiedene jedoch allgemein erkennbare Vorkehrungen getroffen werden, welche zur Sicherheit des mit den Eheleuten geschäftlich verkehrenden Publicums bestimmt sind, (vergl. Suarez, Schlußvorträge zu den §§. 216. 218. 219. 223. 240. 247. 250. 319. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R.).

Diese Vorkehrungen bestehen aber hinsichtlich der Capitalien, welche während der Ehe aus dem Eingebrachten der Frau ausgethan worden, darin, daß sie auf den Namen der Frau geschrieben sein müssen. — §. 240. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. — Dies ist nun zwar, die gesetzliche Bestimmung wörtlich genommen, bei Pfandbriefen, weil dieselben auf jeden Inhaber lauten, an sich nicht ausführbar. Im Sinne und im Geiste des Gesetzes würde aber, wenn der angeblich im Auftrage der Ehefrau aus ihrem eingebrachten Vermögen angekaufte Pfandbrief auch dritten Personen gegenüber, Eigenthum der Ehefrau geworden sein soll, unerläßlich gewesen sein, auf demselben in irgend einer Weise das Eigenthum der Ehefrau zu bemerken. Daß aber dies geschehen sei, ist gar nicht behauptet, und eben deshalb kann Implorantin, dritten Personen gegenüber, das Eigenthum auf den Pfandbrief nicht geltend machen.

Die Implorantin hat sich zwar in der Beschwerde-schrift des allgemeinen und vieldeutigen Gattungsbegriffs „Effecten" bedient, und scheint behaupten zu wollen, daß Pfandbriefe nicht zu den Capitalien zu rechnen sind. Das Gegentheil ist aber ohne Weiteres einleuchtend, da Pfand-briefe ihrer rechtlichen Natur nach nichts anders sind, als verzinsliche, auf jeden Inhaber ausgestellte Hypotheken-Instrumente und gehören eben deshalb, wie dies auch im §. 12. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. bestimmt ist, unbedenklich zu dem Capitals-Vermögen.

In dem Vorstehenden findet daher der Angriff der Implorantin seine Erledigung und da der ohne Erfolg an-gegriffene Entscheidungsgrund für sich allein ausreicht, das Appellations-Urtel zu halten, so kann das, was noch sonst in der Beschwerdeschrift an- und ausgeführt worden, dahin gestellt bleiben.

Die Nichtigkeits-Beschwerde hat sonach zurückgewiesen werden müssen.

№ 55.

Neumark. Pommern. Wegebauten, Communal-Lasten.

Ob und in wie weit die, von den bäuerlichen Wirthen eines Dorfes geleisteten Wegebesserungs-Arbeiten (Hand- und Spanndienste) zu den Communal-Lasten zu zählen sind?

A. L. R. Thl. II. Tit. 7. §. 37.

Edict vom 14. September 1811 §. 16. und dessen Declaration vom 29. Mai 1816 Art. 36. 78.

Verordnung vom 20. Juni 1817 §. 95.
Plenarbeschlüsse vom 31. Januar und 4. September 1848.
(Entsch. Bd. 16. S. 52., desgl. Bd. 17. S. 49.)
Pommersches Wege-Reglement vom 25. Juni 1752.

I. Die Neumark betreffend.

Zwischen den Parteien ist ein Streit über die Besserung und Unterhaltung der, innerhalb des gutsherrlichen Territoriums der Feldmark St. befindlichen Wege und Brücken hervorgetreten. Es ist nämlich die klagende Besitzerin des Guts St. zur Herstellung mehrerer derartigen Anlagen durch landräthliche Verfügungen veranlaßt worden, — sie will dafür 14 Thlr. 22 Sgr. 5 Pf. verausgabt haben und beantragte demgemäß: den verklagten bäuerlichen Wirthen zu St. per mandatum aufzugeben, ihr die gedachte Summe nebst fünf Procent Verzugszinsen vom Tage der Klage-Insinuation zu zahlen, indem sie deren Verbindlichkeit aus dem §. 21. des unterm 7. October 1834 von der Pommerschen General-Commission zu Stargard confirmirten Regulirungs-Recesses herleitet, in welchem es heißt:

> Die Communal-Lasten sind und bleiben Verpflichtungen der bäuerlichen Wirthe, wie dies im §. 16a. und §. 48. des Edicts vom 14. September 1811 und in der Verordnung vom 20. Juni 1817 §. 95. bestimmt ist.

Die Verklagten widersprachen dem Mandate; sie bestritten zunächst die Nothwendigkeit der angeblich ausgeführten Wegebesserungen, hielten dabei die liquidirten Ausgaben nicht genügend justificirt, und wendeten demnächst — was thatsächlich zugestanden ward — hauptsächlich ein, daß alle betreffenden Wegestrecken innerhalb des gutsherrlichen Territoriums gelegen seien, wo ihnen vermöge des in der

Neumark — welcher St. anerkannter Maaßen ursprünglich angehört hat — noch gültigen Provinzial-Rechts eine Verpflichtung nicht obliege. Sie baten aus diesem Grunde: um Abweisung des klägerischen Anspruchs, und beantragten reconveniendo: „sie nicht für verpflichtet zu erachten, zu der Besserung und Unterhaltung der auf dem gutsherrlichen Territorium von St. gelegenen Wege und Brücken Hand- und Spanndienste für die Gutsherrschaft zu leisten;“ indem sie zur weiteren Unterstützung dessen auf verschiedene unter ganz ähnlichen Verhältnissen ergangene Judicate des höchsten Gerichtshofes, ingleichen des Appellations-Gerichts in Cöslin hinwiesen, welche Klägerin wieder für unerheblich erachtete, da hier anderweite abweichende factische Verhältnisse obgewaltet haben möchten.

Ohne eine besondere Beweisaufnahme anzuordnen, erkannte hierauf das Kreisgericht zu Stargard am 7. März 1855 in conventione nach den Anträgen der Klägerin auf Verurtheilung der Verklagten zur Zahlung von 14 Thlr. 22 Sgr. 5 Pf. und wies in reconventione deren oben formulirtes Petitum zurück. Diese appellirten und machten nunmehr besonders geltend, daß wenn sie vor der Regulirung Wegebesserungs-Arbeiten verrichtet, dies im rein gutsherrlichen Interesse geschehen sei, indem sie bis dahin nicht erbliche Lassiten gewesen wären und ihre Arbeitskräfte nach Belieben der Herrschaft auch zu derartigen Leistungen hätten verwendet werden können, dies also keine Gemeindelasten oder Communal-Arbeiten gewesen seien. Klägerin widersprach dem und behauptete, daß die bäuerlichen Wirthe in St. observanzmäßig zu allen Wege- und Brückenbauten auf der Feldmark Hand- und Spanndienste geleistet hätten. Ohne weitere Beweisaufnahme bestätigte der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Stettin am 23. November

1855 das Erkenntniß erster Instanz. Diese Entscheidung beruhete wesentlich auf dem oben allegirten §. 21. des Regulirungs-Recesses, indem ausgeführt ward: daß wenn §. 95. der Verordnung vom 20. Juni 1817 bestimme, zu den Communal-Lasten seien die im §. 37. Thl. II. Tit. 7. A. L. R. bemerkten Gemeinde-Arbeiten zu zählen, hierzu auch die Ausbesserung der gemeinschaftlichen Wege und Brücken gerechnet werden müsse, welcher a. a. O. sub 1. gedacht sei, und darunter mit Rücksicht auf den, vor der Regulirung obgewalteten, durch den Receß nicht abgeänderten Rechtszustand die sämmtlichen über die Feldmark führenden Wege und Brücken zu verstehen wären, wobei es der Receß belassen habe. Die Verklagten könnten sich deshalb dieser Verbindlichkeit nicht aus dem Grunde entziehen, weil die in Rede stehenden Wege und Brücken sich im gutsherrlichen Territorium befänden. Mit dieser Auslegung des §. 21. des Recesses stimmten auch die von Scholz mitgetheilten Materialien und rc. Vorschriften des märkischen Provinzial-Rechts, so wie die in der Neumark allgemein bestehende Observanz nach der im 3. Bande der Matthis'schen Monatsschrift befindlichen Darstellung der bäuerlichen Verfassung in der Neumark, so daß es keinem Zweifel unterliege, die Verklagten zu Hand- und Spanndiensten bei Wege- und Brückenbesserungen auf der Guts-Feldmark für verpflichtet zu erklären.

Der zweite Senat des Ober-Tribunals hat jedoch am 8. Juli 1856 auf die Nichtigkeits-Beschwerde der verklagten bäuerlichen Wirthe das Appellations-Urtel vernichtet und in der Sache selbst auf die Appellation der Verklagten erkannt, daß in conventione Klägerin abzuweisen, in reconventione aber Verklagte für nicht verpflichtet zu erachten, bei der Besserung und Unterhaltung der innerhalb des guts-

herrlichen Territoriums von St. gelegenen Wege und Brücken Hand- und Spanndienste zu leisten, aus folgenden

Gründen.

Nach den Satzungen des chur- und neumärkischen Provinzial-Rechts sind die öffentlichen Straßen und Wege nebst den darüber hinweggehenden Brücken von den Adjacenten d. h. von denjenigen zu unterhalten, über deren Feldfluren sie fortlaufen, (vergl. die Belagsstellen im Plenarbeschlusse des Ober-Tribunals vom 31. Januar 1848, desgl. von Kunow, Provinzial-Recht der Neumark ad §§. 660. 661.) Es ist diese Verpflichtung nach der Provinzial-Verfassung also eine auf dem Grundbesitz ruhende gemeine Last rein objectiv dinglicher Natur, und fällt daher auch den Rittergutsbesitzern anheim, insofern innerhalb der Grenzen eines ihnen gehörigen abgeschlossenen Grundbesitzes dergleichen Anlagen sich befinden, während anderweit die Dorfgemeinden, resp. die sie bildenden bäuerlichen Wirthe, die Unterhaltung der Wege 2c. auf ihrer Feldmark zu besorgen haben.

Die desfallsigen Arbeiten bilden nun einen Theil der nachbarlichen Pflichten, zu welchen zwar jedes Mitglied der Gemeinde Dienste und Beiträge leisten muß, der Rittergutsbesitzer, als solcher, resp. früherer Gutsherr, aber nicht concurrirt, eben weil er kein Mitglied der Gemeinde ist, und deshalb auch keine Communallasten im Sinne des §. 37. Thl. II. Tit. 7. des A. L. R. zu tragen hat. Den Letzteren sind mithin diejenigen Arbeiten nicht unbedingt hinzuzurechnen, welche bäuerliche Wirthe vor der Eigenthums-Verleihung gemeinschaftlich, entweder allein oder unter Mitwirkung der Gutsherrschaft, jedoch in deren Interesse und zur Erfüllung einer ihr obliegenden Verbindlichkeit verrichtet haben, resp. auf deren Anweisung als Dienstpflichtige verrichten mußten, vielmehr gehören dahin immer nur solche,

welche auf der Gemeinde-Mitgliedschaft beruhend, in sofern von der Gesammtheit der Gemeindeglieder in ihrem Interesse als gemeinsame (nachbarliche) Verpflichtungen zu leisten sind. Und in diesem Wesen resp. Begriffe der Communal-Lasten ist durch §. 95. der Verordnung vom 20. Juni 1817 nichts geändert; denn indem derselbe bestimmt:

> Hinsichtlich der Communallasten, zu welchen die §. 37. Thl. II. Tit. 7. des A. L. R. bemerkten Gemeinde-Arbeiten zu zählen sind, ist nach den Vorschriften des Edictes §. 16. und Art. 36. 78. der Declaration aufzuklären, welche derselben vom Gutsbesitzer nach der bisherigen Verfassung oder in Rücksicht eingezogener Bauergüter getragen und künftig zu leisten sind;

spricht er nicht zugleich aus, daß Verpflichtungen welche die Gutsherrschaften als solche mit ihren bäuerlichen Hintersassen gemeinschaftlich oder neben denselben zu erfüllen hatten, nach Maaßgabe des §. 37. a. a. O. behandelt werden sollten, und erklärt namentlich die im Hofedienst verrichteten Wegebesserungs-Arbeiten außerhalb der Gemeinde-Feldmark, insbesondere auf den ausschließlich gutsherrschaftlichen Ländereien, nicht für Communallasten im landrechtlichen Sinne.

Der Appellations-Richter hat dies gleichwohl angenommen und ist zu seiner Folgerung lediglich dadurch gelangt, weil §. 95. der Verordnung vom 20. Juni 1817 die in §. 37. Thl. II. Tit. 7. des A. L. R. bemerkten Gemeinde-Arbeiten, und unter letzteren die Ausbesserung der gemeinschaftlichen Wege und Brücken, zu den Communallasten zähle; übersieht aber dabei das oben bereits hervorgehobene wesentliche Criterium der Letzteren, daß sie nämlich nicht bloß bisher gemeinschaftlich getragene, sondern nachbarliche Verpflichtungen sein müssen, d. h. solche, die den Gemeinde-Verband voraussetzen, in der Organisation der Gemeinde

als solcher begründet sind und auf der Gemeinde-Mitgliedschaft beruhen.

Die Deutung, welche der Appellations-Richter dem oben bereits mitgetheilten §. 21. des Regulirungs-Recesses vom 7. October 1839, gegeben hat, gehet demnach aus rechtsgrundsatzwidriger Auffassung des Begriffes der Communal-Lasten hervor und verletzt somit die §§. 16a. und 48. des Regulirungs-Edicts vom 14. September 1811 eben sowohl als §. 95. der Verordnung vom 20. Juni 1817 und §. 37. Thl. II. Tit. 7. des A. L. R., so daß — wie schon bei mehreren factisch und rechtlich ganz gleichgestalteten Fällen geschehen, — auch hier eine Vernichtung des angefochtenen Appellations-Urtels ausgesprochen werden mußte.

Was hiernächst die Sache selbst anlangt, so ergiebt sich die Nothwendigkeit einer Abänderung des ersten Urtels nach den Anträgen der Verklagten eines Theils aus den Eingangs allegirten gesetzlichen Bestimmungen, und anderen Theils aus dem anerkannt richtigen Umstande, daß die Wege für deren Besserung Klägerin Kosten-Erstattung verlangt, innerhalb des gutsherrlichen Territoriums befindlich sind. Dem gesetzlichen Principe gemäß hat sie dieselben allein zu unterhalten, und kann deshalb die auf Anweisung der landräthlichen Behörde ausgeführten Arbeiten nicht als Verwendungen für die Verklagte zur Geltung bringen. Sie war danach in conventione mit ihrem Anspruche abzuweisen und in reconventione nach dem Antrage der Verklagten zu erkennen.

Vergl. auch das Judicat des Ober-Tribunals vom 14. März 1843. (Archiv für Rechtsfälle Bd. 8. S. 75.)

II. Pommern betreffend.

Nach §. 9. des Pommerschen Wege-Reglements vom 25. Juni 1752 sollen, wie es dort heißt: die gemeinen

Dämme und Brücken von denen in brauchbaren Stand gesetzt und darin erhalten werden, auf deren Grenzfluren solche gelegen sind, es wäre denn, daß ein Anderes rechtlich abgemacht und von dem Gegentheil nicht geleugnet werden könnte, und bestimmt dazu weiter §. 10. a. a. O. daß von dem onere der Unterhaltung der Wege, Dämme und Brücken, wofern das Gegentheil in continenti nicht zu erweisen rc. keine Hufen, sie mögen ritterfrei oder contribuabel sein, eximirt werden, es wäre denn, daß einer Herrschaft allein ein ganzes Dorf gehöre und sonst Niemand auf der Flur Antheil hätte, alsdann der Herrschaft freistehe, durch ihre Unterthanen im Dienst die Reparationes zu bewerkstelligen; — auch die Pfarrhufen sollen dazu herangezogen werden, und ist demnächst durch Plenarbeschluß vom 4. September 1848 angenommen, daß jene Bestimmungen sich auch auf die öffentlichen Land- und Heerstraßen beziehen, Fiscus mithin gegen die abweichende Vorschrift des A. L. R. Thl. II. Tit. 15. §§. 11 ff. von der ihm sonst obliegenden allgemeinen Pflicht frei sei.

Gestützt auf diese provinzialrechtlichen Bestimmungen des Wege-Reglements von 1752 haben nun die bäuerlichen Wirthe in C., welche vor der Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse daselbst ihre Höfe nur zu nicht erblichen Rechten besaßen, erst bei dieser Gelegenheit Eigenthümer geworden sind und in Folge gedachten Geschäftes ihre Grundstücke von denen der Gutsherrschaft getrennt in einer besonderen Flur angewiesen erhalten haben, bis zur Ausführung der Eigenthums-Verleihung und Separation aber alle Hand- und Spanndienste zu den durch die in vermengter Lage mit denen der Gutsherrschaft befindlich gewesenen Ländereien, hinführenden gemeinschaftlichen Wegen leisten mußten, diese Arbeiten auch nach jenem Zeitpunkte

noch verrichteten, sich dessen geweigert, verlangen vielmehr eine Mithülfe der Gutsherrschaft nach Maaßgabe deren Hufenstandes und sind deshalb, durch einen Specialfall, wo ihnen die alleinige Berichtigung des Arbeitslohnes für das Wegschaufeln des Schnees auf einem öffentlichen Communications-Wege angesonnen worden, veranlaßt, klagend dahin anzutragen:

die Verklagte als Eigenthümerin des Gutes C., zu verurtheilen, bei Besserung und Unterhaltung aller gemeinen Wege und Brücken auf der ganzen Feldmark C. zu den Hand- und Spanndiensten mit ihnen nach Maaßgabe des Hufenstandes beizutragen.

Dem widersprach indessen Verklagte und behauptete ihrer Seits, daß schon die allegirten Stellen des Wege-Reglements nicht sowohl den Klägern, als vielmehr ihr zur Seite ständen, indem sie zugleich einwendete, daß danach die Wege rc. Besserungs-Arbeiten zu den Communallasten im Sinne des §. 37. Thl. II. Tit. 7. des A. L. R. gehörten und Kläger diese gerade durch den Regulirungs-Receß übernommen hätten, welcher lautet:

§. 28. Die Communal-Lasten sind und bleiben Verpflichtungen der bäuerlichen Wirthe, wie dies in §§. 16a und 48. des Edicts vom 14. September 1811 und §. 95. der Verordnung vom 20. Juni 1817 bestimmt ist. Die Materialien zur Erhaltung der Brücken und die Bäume zur Bepflanzung der Wege werden nach wie vor von der Gutsherrschaft verabreicht, auch die etwa nöthigen Handarbeiter bei Brückenbauten gelohnt.

Auch glaubte Verklagte, daß ihr die Freiheit von der angesonnenen Verpflichtung durch Verjährung erwachsen sei, da die Kläger schon seit Ausführung der Regulirung im Jahre

1819 die streitigen Leistungen übertragen hätten. Sie bat deshalb um Zurückweisung der Klage.

Bei dieser Lage der Sache blieb factisch nichts streitig; indessen ordnete das Gericht erster Instanz, die Kreisgerichts-Deputation zu Labes, durch Resolut vom 26. October 1854 die Vernehmung des Schulzen N. darüber an, ob Wegebesserungen alljährlich in dem Zeitraume von 1819 bis 1852 vorgenommen seien, und erkannte demnächst am 14. December 1854 auf Abweisung der Kläger, indem sie den §. 28. des Regulirungs-Recesses zu Gunsten der Verklagten, nämlich dahin auslegte, daß die bäuerlichen Wirthe von den vor der Regulirung für sie und die Gutsherrschaft gemeinschaftlichen Lasten diejenigen, welche nach §. 37. Thl. II. Tit. 7. A. L. R. als Communallasten bezeichnet seien, fortan allein hätten übernehmen sollen. Diese Auslegung des §. 28. a. a. O. werde durch die ausdrückliche Hinweisung auf §§. 16a und 48. des Edicts vom 14. September 1811 unterstützt. Es hätte vor der Regulirung von einer bäuerlichen Commune nicht die Rede sein können, da die bäuerlichen Besitzungen bis dahin eben kein in sich abgeschlossenes Ganze gebildet und somit der Ausdruck „Communal-Lasten," welcher sonst keinen Sinn haben würde, sich nur auf die Lasten beziehen könne, welche von dem Complexus des Gutes und der bäuerlichen Grundstücke zu tragen gewesen seien.

Den Einwand der Verjährung erachtete der erste Richter hiernach für außerwesentlich.

In zweiter Instanz ward dies Urtel von dem Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Stettin am 3. Mai 1855 bestätigt. Das Appellations-Urtel ist aber auf erhobene Nichtigkeits-Beschwerde der klagenden bäuerlichen Wirthe vom zweiten Senate des Ober-Tribunals am 15. No-

vember 1855 vernichtet und Verklagte nach dem Klageantrage verurtheilt. Es lauten die

Gründe.

Wenngleich es auf den ersten Blick so scheinen möchte, als ob die Stelle des Appellations-Urtels, wo es heißt:

daß die bäuerlichen Wirthe receßmäßig sämmtliche gemeinen Wege und Brücken auf der ganzen Feldmark, einschließlich der gemeinen Wege und Brücken auf der jetzt separirten gutsherrlichen allein zu unterhalten verpflichtet seien; —

eine thatsächliche Feststellung enthalte und rein auf Auslegung des Regulirungs-Recesses beruhe, so ist eine solche, auch von der Imploratin vertheidigte Auffassung dennoch als richtig nicht anzunehmen.

Der Appellations-Richter gehet nämlich, wie die Vordersätze seiner obigen Conclusion ergeben, davon aus, daß §. 95. der Verordnung vom 20. Juni 1817 alle im §. 37. Thl. II. Tit. 7. A. L. R. aufgeführten Gemeinde-Arbeiten, mithin auch die Ausbesserung der gemeinschaftlichen Wege und Brücken für eine Communal-Last im Sinne des §. 16a. des Edicts vom 14. September 1811 erkläre und solchergestalt den, im pommerschen Wege-Reglement zu vermissenden Begriff dieser Verpflichtung als Communal-Last, bezüglich der Regulirung sogar gesetzlich ergänze. Hierin irrt jedoch der Appellations-Richter rechtsgrundsätzlich: der §. 95. a. a. O. ändert im Wesen und Begriffe der Communal-Lasten nicht das Mindeste; er spricht nirgends aus, daß Verpflichtungen und Leistungen, welche die Gutsherrschaften, als solche, mit ihren bäuerlichen Hintersassen vor Ausführung der Regulirung und Eigenthums-Verleihung gemeinschaftlich zu erfüllen hatte, im Sinne des §. 37. Thl. II. Tit. 7. des A. L. R. behandelt werden sollten,

und konnte dies in der That um so weniger, als die letztgedachte Vorschrift gradehin nur das Verhältniß der Mitglieder einer Dorfgemeinde vor Augen hat, welcher die Gutsherrschaft als solche nicht angehört. Der Appellations-Richter hat dies in einem kurz vor dem hier angefochtenen bei ihm ergangenen Urtel selbst schon anerkannt und ausgeführt, daß die Wege-Unterhaltungspflicht nach dem pommerschen Wege-Reglement keine Communal-Last im Sinne des §. 37. Thl. II. Tit. 7. A. L. R. sei, sondern von den Grundbesitzern in der Feldmark, als solchen, zu erfüllen und in sofern nur eine unter ihnen gemeinsame sei, resp. bleibe. Durch die in der gegenwärtigen Sache zur Geltung gebrachte (von jener abweichende) Ansicht ist also ein rechtsgrundsätzlicher Verstoß gegen den bereits citirten §. 95. der Verordnung vom 20. Juni 1817 und §§. 9. und 10. des pommerschen Wege-Reglements vom 25. Juni 1752 resp. §. 37. Thl. II. Tit. 7. A. L. R. begangen, welcher die Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses zur Folge haben mußte.

In der Sache selbst kommen aber die bei Entscheidung des oben gedachten Rechtsstreites maaßgebend gewesenen Grundsätze auch hier zur Anwendung und führen zu einer Abänderung des ersten Urtels hin. Nach §§. 9. 10. des pommerschen Wege-Reglements vom 25. Juni 1752 ist es nicht zweifelhaft und zwischen den Parteien eigentlich auch nicht streitig, daß ursprünglich, und zwar vor Ausführung des Regulirungs-Geschäfts der Rittergutsbesitzer als solcher zur Mitunterhaltung der Wege, Brücken und Dämme verpflichtet, diese Last eine allen Grundbesitzern gemeinsame gewesen sei und frägt es sich daher nur, ob dieselbe — wie Verklagte unter Hinweisung auf den §. 28. des Regulirungs-Recesses behauptet — seitdem den bäuerlichen Wir-

then allein zugewiesen worden sei? Das kann nun **nicht** angenommen werden. Denn obschon es a. a. O. heißt:

die Communal-Lasten sind und bleiben Verpflichtungen der bäuerlichen Wirthe, wie dies in §§. 16a. und 48. des Edictes vom 14. September 1811 und §. 95. der Verordnung vom 20. Juni 1817 bestimmt ist rc.

so tritt die Verpflichtung zur Wege- rc. Unterhaltung dennoch denselben nicht hinzu. Sie ist nach dem pommerschen Wege-Reglement keine den Mitgliedern der Dorfgemeinde allein auferlegte, keine nachbarliche Last, sie liegt vielmehr den Hufenbesitzern, als solchen ob, ist also eine aus dem Grundbesitz entspringende, nicht auf der Gemeinde-Mitgliedschaft beruhende und eben deshalb keine solche, auf welche der §. 37. Thl. II. Tit. 7. des A. L. R. resp. §. 95. der Verordnung vom 20. Juni 1817 sich beziehet. Unter diesen Umständen hat also der §. 28. des Recesses, in sofern er von den Communal-Lasten handelt, den Antheil, welchen der frühere Gutsherr zu einer gesetzlich gemeinsamen Pflicht beizutragen hatte, auf die bäuerlichen Wirthe nicht transferirt. Und hierin ändert es auch nichts, daß Letztere vor der Regulirung die streitigen Arbeiten allein verrichtet haben mögen, sie thaten dies im Hofedienste und konnten dazu nach §. 10. des Wege-Reglements von 1752 verwendet werden.

№ 56.

Rechtsverhältniß eines Handlungs-Reisenden.

1) Bedarf es in dem Falle des §. 551. Thl. II. Tit. 8. des A. L. R. der Existenz einer schrift-

lichen Vollmacht oder Bestallung des Handlungs-Reisenden?

2) Kann ein Handlungs-Reisender, ohne dazu besonders ermächtigt zu sein, den Principal durch Verkäufe auf Credit verpflichten?

A. L. R. Thl. II. Tit. 8. §§. 497. 546—553. 513.

Der Kaufmann P., an dessen Stelle schon im Laufe der ersten Instanz der Curator des über sein Vermögen eröffneten Concurses getreten ist, behauptet, von der verklagten Handlung L., und zwar von dem Handlungs-Reisenden B. derselben, laut des von diesem für die Handlung L. ausgestellten Scheins am 26. April 1853, 15 Orhoft Rum à 80 p. C. für 45 Thlr. den Orhoft franco Frankfurt, zahlbar nach 6 Monaten, erkauft zu haben. Kläger forderte am 8. October 1853 die Verklagte zur Lieferung auf, welche diese aber mit dem Bemerken weigerte, daß kein Handlungshaus seinen Reisenden zu Verkäufen auf Credit ermächtige. Kläger forderte deshalb Schadensersatz, den er auf 245 Thlr. berechnete, mit der Behauptung, daß der Handlungsreisende schriftlich bevollmächtigt gewesen sei. Nachdem jedoch dieser Reisende zwar den Abschluß des Geschäfts aber zugleich die Nichtexistenz einer schriftlichen Vollmacht bekundet hatte; nachdem auch die Inhaber der verklagten Handlung den deferirten Eid: daß schriftliche Vollmacht nicht vorhanden gewesen, geleistet hatten, ist der Kläger in beiden Instanzen abgewiesen worden.

Die gegen das zweite, vom Appellations-Gericht zu Stettin am 15. September 1855 ergangene Urtel eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem vierten Senate des Ober-Tribunals am 6. Mai 1856 zwar für erheblich er-

achtet, das Erkenntniß aber aufrecht erhalten worden, aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter stellt fest, daß das Geschäft, aus welchem die verklagte Handlung auf Schadensersatz belangt wird, von dem B. für sie abgeschlossen, und daß B. damals Handlungs-Commis und Geschäfts-Reisender der verklagten Handlung gewesen. Er nimmt auch in Uebereinstimmung mit dem Präjudice vom 14. November 1854 (Entsch. Bd. 29. S. 154.) an, daß nach den jetzigen Verkehrsverhältnissen der §. 551. Thl. II. Tit. 8. A. L. R. nicht bloß auf die darin genannten „Handlungsbedienten, die auf Messen und Märkten verschickt werden," zu beschränken, sondern auch auf andere, zum Bestellungsuchen umherreisende Handlungsbediente auszudehnen sei. Der Richter findet eben so wenig in den Bedingungen des abgeschlossenen Geschäfts etwas, wodurch die Haftbarkeit des Verklagten ausgeschlossen werde, vielmehr schließt er letztere bloß deshalb aus, weil der B. nicht durch eine schriftliche Vollmacht oder Procura von der Verklagten ermächtigt gewesen und weil dies auch im Falle des §. 551. a. a. O. erforderlich sei.

Diese Auffassung des §. 551. a. a. O. ist unrichtig. Im achten Titel Thl. II. handeln die §§. 497—553. davon, in wiefern ein Kaufmann durch seine Geschäftsleute Dritten verpflichtet wird, und zwar unter dem Marginale III., von Factoren und Disponenten, welche den Auftrag haben, „die Stelle des Eigenthümers der Handlung zu vertreten" (§. 497.), in §§. 497—545.; unter dem Marginale IV. „von Handlungsbedienten und Lehrlingen" §§. 546—553. Es ist nun richtig, daß der den Principal vertretende Factor einer schriftlichen bekannt zu machenden Procura bedarf (§. 500.), in sofern also die Regel der Schriftlichkeit der

Vollmacht (§. 8. Thl. I. Tit. 13.) auch hier zutrifft. Jedoch haftet nach §. 507. auch bei der Nichtexistenz einer Procura der Eigenthümer der Handlung, welcher gleichwohl, sei es auch nur mündlich, Jemanden für seinen Factor angegeben hat, denjenigen, welche dadurch verleitet worden sind, sich mit demselben einzulassen. Bei den Geschäftsleuten des Kaufmanns, von denen es sich in Marginale IV. handelt, wird dagegen die Schriftlichkeit der Vollmacht, oder Anstellung, von dem Gesetze nicht erfordert. Handlungsbediente oder Lehrlinge, die in offenen Gewölben oder Läden angestellt worden, sind zu den daselbst gewöhnlich vorfallenden Handlungsgeschäften für bevollmächtigt zu achten; (§. 546.) was im §. 547—549. noch näher specialisirt, und außer dem Laden oder Gewölbe auf Befugniß zum Zahlungsempfang gegen Aushändigung der Waare, Rechnungen oder Schuldpapiere beschränkt wird. Wäre im Falle des §. 546. eine schriftliche Vollmacht, wie bei anderen Bevollmächtigten erforderlich, so würde es der ganzen Vorschrift nicht bedurft haben. Das verkehrtreibende Publicum soll sich aber auf die Untersuchung, ob eine schriftliche Vollmacht oder Bestallung existirt, nicht einzulassen brauchen: ihm muß genügen, daß der Handlungsbediente mit Bewilligung des Principals factisch die Function in dem öffentlichen Gewölbe oder Laden versieht, um in dem gesetzlich begrenzten Kreise sicher mit demselben Geschäfte abschließen zu können. Ganz ebenso, wie in diesem Falle, verhält es sich in demjenigen der, in dem folgenden §. 551. gedachten, auf Messen und Märkte reisenden Handlungsbedienten: denen, wie vorgedacht, die jetzigen, Bestellungen suchenden Geschäftsreisenden, in ihrem Wirkungskreise gleichstehen. Sowie die Handlungsbedienten im Laden, nach §. 546. als „bevollmächtigt" zu achten sind, so

sind die Reisenden, in Absicht der mit ihrer Bestimmung verknüpften und daraus folgenden Geschäfte, auch ohne besondere Bekanntmachung als Factoren anzusehen. Daraus folgt also, daß die gedachten Reisenden den Principal in dieser Begrenzung so verpflichten können, als ob sie Factoren seien, es folgt aber keinesweges daraus: daß sie nun auch wie Factoren einer schriftlichen Procura bedürfen. Hätten sie eine solche, so würden sie nicht bloß als Factoren anzusehen sein, sondern sie würden für diese bestimmte Art von Geschäften wirklich Factoren sein (§. 511.) und es würde des §. 551. überhaupt nicht bedurft haben. Hier, wie im Falle des §. 546., muß das factische Verhältniß, daß der Reisende, sei es auch nur mündlich, von dem Principale zu diesem Geschäfte bestimmt ist, genügen. Der Gegensatz in §. 552., welcher sowohl auf §. 546. als §. 551. bezüglich ist, ergiebt das noch deutlicher, indem er in allen übrigen Fällen auf Bestimmungen des Tit. 13. verweist, woraus zu entnehmen ist, daß in den §§. 546. und 551. vorgesehenen Fällen diese Bestimmungen nicht im ganzen Umfange Anwendung finden.

Hieraus folgt die Erheblichkeit der Nichtigkeits-Beschwerde.

In der Sache selbst war das zweite Urtel aufrecht zu erhalten.

Daß B. am 26. April 1853 ein für die verklagte Handlung reisender Handlungsbediente derselben gewesen, ist als nicht ausdrücklich widersprochen für feststehend anzunehmen, und wird auch von B. selbst, der zugleich den Abschluß des über den Verkauf von 10 Orhoft Rum mit dem Cridar P. eingegangenen Geschäfts bekundet, eidlich ausgesagt. Daß ein schriftlicher Auftrag für B. zum Abschluß dieses Geschäfts, welches auf sechsmonatlichen Credit geschehen ist,

nicht existirt hat, steht durch den, der Verklagten darüber deferirten und von ihr ausgeschworenen Eid fest, wird auch vom B. bekundet, ebenso, daß er zum Creditgeben nicht bevollmächtigt gewesen sei; daß er überhaupt kleinere Kaufgeschäfte ohne besondere Vollmacht abgeschlossen und dieselben von seinem Principale nachträglich genehmigt seien. Die in der Klage behauptete Grundlage schriftlicher Vollmacht fällt also weg, und kann es nur darauf ankommen, ob die Stellung des B. eine solche gewesen, daß er vermöge derselben das fragliche Verkaufsgeschäft auf sechsmonatlichen Credit verbindlich für Verklagte habe abschließen dürfen. Es consistirt nun eine, den B. in einem ausgedehnteren Grade hierzu ermächtigende Stellung der Verklagten gegenüber auf keine Weise, es ist vielmehr nach der Aussage des B. die Abwesenheit einer solchen Stellung anzunehmen. Er war Handlungs-Commis der Verklagten und reiste für sie, auch um Geschäfte abzuschließen. Selbst ein Factor, der zum Waaren-Einkauf oder Verkauf auf Messen und Märkten bestellt ist, verbindet den Principal nur durch solche Handlungen, ohne die er seinen Auftrag nicht vollziehen kann (§. 513.). Der reisende Handlungsbediente ist als Factor anzusehen „in Absicht der mit seiner Bestimmung verknüpften und daraus folgenden Geschäfte." Geht nun seine Bestimmung dahin, Waare zu verkaufen, so folgt hieraus doch keinesweges, daß er auch ermächtigt sei, solche auf Credit und zwar 6monatlichen Credit zu verkaufen. Es ist die Regel, daß das Kaufgeld baar bezahlt wird. (A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 221.) Halbjährigen Credit wird ein Kaufmann nur einem Manne, dessen Zahlungsfähigkeit ihm entweder aus bestehender Verbindung oder sonst bekannt ist, bewilligen. Bei Messen und Märkten hat die Zahlung regelmäßig ihre bestimmten, durch Gesetz oder Usance angeordneten, oft noch besonders geschütz-

ten Wege. Wendet man den §. 551. analogisch auf den bei einzelnen Kunden herumreisenden Commis an — was im Grunde schon eine ausdehnende Anwendung ist, — so läßt es sich doch keineswegs als mit der Bestimmung eines solchen Commis verknüpft ansehen, daß der Principal ihm auch die Erwägung, ob und wenn er Credit und wie lange er solchen zu ertheilen habe, unbeschränkt habe überlassen wollen. Handelt es sich von bestehenden Verbindungen, so kann die bisherige Ueblichkeit für maaßgebend erachtet werden. Verkauft aber der Commis, wie hier geschehen, an einen ganz neuen Kunden, ohne deshalb Auftrag zu haben, so mag ein solches Verkaufsgeschäft in Betreff des Preises und der Waare den Principal verbinden, wenn der Käufer baar bezahlen will: nimmermehr darf aber der Verkauf auf Credit als in der Stellung des Commis ohne Weiteres liegend betrachtet werden. Wollte man die analoge Anwendung des §. 551. soweit ausdehnen, so würde dadurch das Vermögen der Principale sehr ernstlich gefährdet werden können. Diesen Grundsätzen entsprechend hat Verklagte, als der Cridar sie im October 1853 zur Lieferung aufforderte, nicht die Lieferung, wohl aber die Creditbewilligung entschieden abgelehnt, da sie bisher mit ihm in keiner Geschäftsverbindung gestanden, seine Zahlungsfähigkeit ihr also völlig unbekannt gewesen. Daß sie wohl daran gethan, zeigt die wenigstens schon seit dem 31. Mai 1854 geschehene Concurseröffnung über des Cridars Vermögen.

Von einer Ueblichkeit der Creditsertheilung kann bei einer neuen Verbindung die Rede nicht sein. Das Thema des in appellatorio vorgeschlagenen Zeugenbeweises (Gutachten des Kaufmanns Sch.) daß im Handelsverkehr eine 3—6monatliche Creditfrist üblich und Abschlüsse auf baar zu den Ausnahmen gehören, ist zu unbestimmt und unerheb-

lich. Uebrigens wird in dem ersten Erkenntnisse, an welchem ein Handelsgerichts-Assessor Theil genommen, eben die Creditbewilligung als dem §. 551. in casu nicht entsprechend und ungehörig hervorgehoben.

№ 57.

Wechsel. Blanco-Indossament.

Wie weit erstreckt sich die Befugniß des Inhabers eines mit Blanco-Indossamenten versehenen Wechsels, diese Blanco-Indossamente auszufüllen?
Allgem. Wechsel-Ordnung Art. 13.

Der Sattler L. hatte der Wittwe B. einen an seine eigene Ordre zahlbaren, auf A. V. gezogenen und von diesem acceptirten Wechsel d. d. Berlin den 8. December 1855 über 49 Thlr. 25 Sgr. in blanco girirt und wurde von ihr nach erfolgter fruchtloser Ausklagung des Acceptanten im Regreßwege auf Zahlung des Betrages in Anspruch genommen. Der mit der Klage producirte Wechsel trug nicht mehr das Blanco-Indossament, sondern ein auf die Klägerin lautendes, datirtes Giro mit dem Zusatze: „ohne Protest." Diese mußte auch zugestehen, das ursprüngliche Blanco-Indossament in dieser Weise nachträglich ohne Wissen und Willen des Verklagten ausgefüllt zu haben, erachtete sich jedoch dazu für befugt und deshalb den Einwand des Verlustes des Wechsel-Regresses wegen unterlassener Aufnahme des Protestes Mangels Zahlung für unbegründet.

Durch die gleichlautenden Entscheidungen des Stadtgerichts zu Berlin vom 7. Juli 1856 und des Civil-Se-

nats des Kammergerichts vom 24. desselben Monats wurde sie indeß mit ihrer Wechsel-Regreßklage abgewiesen.

Die von ihr dagegen angebrachte Nichtigkeits-Beschwerde ist durch Erkenntniß des vierten Senats des Ober-Tribunals vom 10. September 1856 als unbegründet verworfen worden;

in Erwägung: daß nach der unangefochtenen thatsächlichen Feststellung des Appellations-Richters die Klägerin das von dem Verklagten auf dem eingeklagten Wechsel, d. d. Berlin den 8. December 1855, ohne Zusatz ertheilte Blanco-Indossament, willkürlich und ohne Zustimmung des Verklagten mit dem Zusatze: „ohne Protest" ausgefüllt hat; daß, wie von dem Appellations-Richter mit Recht angenommen worden, eine derartige Ausfüllung eines Blanco-Indossaments nicht geeignet ist, die Klägerin von der zur Begründung der Wechsel-Regreßklage nothwendigen Protest-Erhebung zu entbinden, jener Zusatz vielmehr für unwirksam erachtet werden muß, weil die im Art. 13. der Wechsel-Ordnung dem Inhaber des Wechsels nachgelassene Befugniß, die auf demselben befindlichen Blanco-Indossamente auszufüllen, in sofern und in soweit diese Ausfüllung ohne Zustimmung und Genehmigung ihrer Urheber vor sich geht, sich nur auf die Ausfüllung mit denjenigen Momenten erstrecken kann und darf, welche unmittelbar, gesetzlich und nothwendig in dem Wesen des Indossaments liegen, nicht aber auf eine Ausfüllung auch mit solchen, welche die durch das Indossament an sich, und ohne einen derartigen Zusatz, nach der Wechsel-Ordnung begründete, rechtliche Stellung der Indossanten verändern, ihnen größere und schwerere Verpflichtungen, dem Berechtigten gegenüber, auferlegen und nur mit ihrer Zustimmung und Genehmigung zur Wirk-

samkeit gelangen könnten, zu diesen Bestimmungen aber der in der Clausel „ohne Protest" ausgedrückte, nach Art. 42. der Wechsel-Ordnung lediglich in der Befugniß des Ausstellers resp. Indossanten stehende, und deshalb nur mit seiner Genehmigung zur rechtlichen Wirksamkeit gelangende Erlaß der Protest-Erhebung gehört; daß sich diese Auffassung des Art. 13. der Wechsel-Ordnung schon aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen als nothwendig ergiebt, aber auch bei der Berathung des jetzt den Art. 13. der Wechsel-Ordnung darstellenden §. 14. des preußischen Entwurfs einer Wechsel-Ordnung nach dem Leipziger Conferenz-Protocolle vom 27. October 1847 Nr. VI. Anerkennung gefunden hat, hiernach der dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf der Verletzung der Art. 13. 42. der Wechsel-Ordnung für begründet nicht zu erachten ist.

№ 58.

Wechselverjährung. Domicilirungsvermerk.

1) Findet die Verjährung des Art. 79. der Wechselordnung auch auf Wechselansprüche an den Aussteller eines trockenen Wechsels Anwendung oder nicht?

Allg. Wechsel-Ord. Art. 77. 79. 98. Nr. 10. Art. 100.

2) Deckt die auf der rechten Seite des Wechsels stehende Namens-Unterschrift des Ausstellers den auf der linken Seite stehenden, nicht besonders unterschriebenen Domicil-Vermerk?

Der Kaufmann M. hat sich Inhalts dreier, mehrfach indossirter, bei D. auf der Aar in Cöln, im Fall aber bei C. K. und Comp. zahlbarer, trockener Wechsel d. d. Wesel den 1. resp. 5. December 1854 verpflichtet, zwei, resp. drei Monat nach dato zweimal 200 Thlr. oder Werth und 225 Thlr. oder Werth an die Ordre des C. zu zahlen. Alle drei Wechsel sind Mangels Zahlung protestirt, und am 20. März 1855 von einem Indossanten, dem Landwirth P. eingelöst worden. Dieser hat mittelst Klage de pr. 18. April 1856 die wechselmäßige Verurtheilung des Ausstellers M. zur Zahlung der Wechselbeträge nebst Zinsen, Proceßkosten und Provisionen beantragt. Der Letztere setzte dem Antrage unter Anderem

1) mit Bezug darauf, daß der Kläger die Wechsel schon am 20. März 1855 eingelöst habe, den Einwand der Verjährung des Art. 79. der. Allg. Wechsel-Ord. und

2) den Einwand entgegen, daß die Wechsel für domicilirte nicht zu achten seien, weil der betreffende Vermerk nicht durch die Unterschrift des Ausstellers gedeckt werde.

Das Kreisgericht zu Wesel erachtete auch den Einwand der Verjährung für begründet und wies die Klage unter dem 19. April 1856 zurück. Auf die Appellation des Klägers verurtheilte jedoch das Appellations-Gericht zu Hamm den Verklagten mittelst Erkenntnisses vom 24. Mai 1855 nach dem Klageantrage. Diese Entscheidung ist auf die von dem Verklagten dagegen eingelegte Revision durch das Urtel des vierten Senats des Ober-Tribunals vom 28. Juni 1856 bestätigt, aus folgenden

Gründen.

Die eingeklagten drei trockenen Wechsel d. d. Wesel den 1. resp. 5. December 1854 sind von dem verklagten Aussteller recognoscirt und bezüglich ihrer Gültigkeit nicht

bemängelt. Mit Recht hat der Appellations=Richter den auf Art. 79. der Wechsel=Ordnung gegründeten Einwand der Verjährung verworfen. Diese Vorschrift mit ihrem Allegate des Art. 51. bestimmt, daß die Regreß=Ansprüche des Indossanten, welcher den Wechsel eingelöst oder als Rimesse erhalten hat, gegen die Aussteller und die übrigen Vormänner in 3 resp. 6 und 18 Monaten vom Tage der Zahlung, resp. vom Tage der geschehenen Behändigung der Klage oder Ladung gerechnet, verjähren. Sie setzt Regreß=Ansprüche voraus und findet nach Nr. 10. Art. 98. auf trockene Wechsel nur in sofern Anwendung, als aus ihnen Regreß=Ansprüche gegen die Indossanten hergeleitet werden. Solche Ansprüche werden aber in dem vorliegenden Falle nicht verfolgt. Der durch Einlösung in den Besitz der trockenen Wechsel gelangte Indossatar klagt gegen deren Aussteller; dieser steht in demselben Verhältnisse, wie der Acceptant des gezogenen Wechsels; sowie der wechselmäßige Anspruch gegen diesen nach Art. 77. erst in drei Jahren vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet, verjährt, so auch in gleicher Frist nach Art. 100. der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller des trockenen Wechsels. Diese Frist ist bezüglich keines der eingeklagten Wechsel abgelaufen. Die Ausführung des Revidenten, daß die im Art. 100. bestimmte Verjährungsfrist von 3 Jahren nur dem Remittenten gegenüber Geltung habe, für die Indossanten dagegen die Frist des Art. 79. maaßgebend sei, findet im Gesetze keinen Anhalt und ist ohne Grund.

Eben so hinfällig erscheint die Einrede, daß die eingeklagten Wechsel keine Domicil=Wechsel seien. In der That sind sie domiciliirt mit benanntem Domiciliaten, insofern der Aussteller nach dem auf ihnen befindlichen Vermerke ihre Zahlbarkeit bei D. auf der Aar in Cöln bestimmt hat: es

kann einem begründeten Bedenken nicht unterliegen, daß die auf der rechten Seite der Wechselurkunden stehende Namens-Unterschrift des Ausstellers auch sich auf den, auf der linken Seite stehenden, Domicil-Vermerk bezieht und ihn deckt. Nach Art. 99. der Wechsel-Ordnung sind eigene domiciliirte Wechsel den Domiciliaten bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Aussteller zu präsentiren und Mangels Zahlung zu protestiren. Nach Inhalt der vorgelegten Protest-Urkunden vom 7. Februar, 3. und 7. März 1855 ist diese Vorschrift im vorliegenden Falle beobachtet.

Die Ausführung in Betreff der ferneren Einreden der formellen Ungültigkeit der Proteste und der Zahlung bietet kein allgemeineres Interesse.

№ 59.

Faut-Fracht-Protest.

1) Gehört zur Vollständigkeit des, nach §. 1639. Thl. II. Tit. 8. A. L. R. bei nicht angewiesener Ladung aufzunehmenden Protestes, die Kundmachung des Protestes an den Betheiligten oder die Zuziehung des Letzteren?

2) Gültigkeit eines in England von dem einen Notar begonnenen, von dem anderen extendirten Faut-Fracht-Protestes.

3) Umfang der Rechte des Schiffers nach erhobe-

nem Proteste und Ablauf der im §. 1643. a. a. O. noch freigelassenen 14 Tage.

A. L. R. Thl. II. Tit. 8. §§. 1639—1644. 1659 bis 1662. 1719. 1720.

Der Schiffs-Capitain W. war durch Certe-Partie vom 27. März 1853 mit seinem in Stettin liegenden Schiffe Felix zu einer Reise von Hull nach Stettin, mit einer vollen und bequemen Ladung Siedsalz gegen eine Fracht von 9 Schillinge 6 pence pro Ton von den Kaufleuten P. und H. in Stettin gedungen. Die Ladung sollte, nachdem das Schiff angekommen und entlöscht (es fuhr mit Holz beladen ab), und ohne Aufenthalt ladefertig gestellt worden, in 10 Tagen frei an Bord abgenommen werden. Der Schiffs-Capitain W. kam in Hull mit dem Schiffe an, will sich gleich nach der Entlöschung dem Agenten der Kaufleute P. und H. bereit gestellt, von diesem aber in 10 Tagen keine Ladung angewiesen erhalten haben, wobei insbesondere auch streitig ist, ob das Dorf Neuholland in dem Sinne zum Hafen von Hull gehört, daß eine in dem Letzteren anzunehmende Ladung in diesem Dorfe angenommen werden muß. Kläger bringt einen Protest bei, der seinem Inhalte nach am 9. Juni beim Notar P. eingelegt und 14 Tage später, nachdem Kläger in dieser Zeit keine Ladung habe erlangen können, beim Notar B. fortgesetzt ist, welcher letztere auch die Urkunde ausgefertigt hat.

Gestützt auf den §. 1643. Thl. II. Tit. 8. A. R. L. fordert der Kläger von den Verklagten die Hälfte der bedungenen Fracht mit den Uebersetzungs- und Protestkosten, im Ganzen 425 Thlr. 25 Sgr. Die Verklagten bestritten sowohl, daß die Ladung nicht gehörig angewiesen worden, als die Formgültigkeit eines in der gedachten Art aufgenommenen

Protestes, wendeten auch ein, daß der Kläger, nachdem er nach Ablauf der 14 Tage abgefahren, in Newcastle noch eine Kohlenladung gefunden habe.

Das Kreisgericht zu Stettin, so wie der Civil-Senat des Appellations-Gerichts daselbst, haben den Kläger abgewiesen, und zwar der zweite Richter lediglich deshalb, weil kein vollständiger Protest vorliege, indem zu einem solchen die hier unterbliebene Kundmachung des Protestes an den Betheiligten oder dessen Zuziehung gehöre.

Auf die eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem vierten Senate des Ober-Tribunals am 29. April 1856 das zweite Urtel vernichtet und in der Sache sind Verklagte verurtheilt worden.

G r ü n d e.

Die Verklagten haben das Schiff des Klägers gedungen, so daß Kläger für sie eine Schiffsladung Siedsalz von Hull abholen und nach Stettin, von wo er aussegelte, ihnen bringen mußte. Kläger behauptet, daß das Frachtgut ihm, trotz der geschehenen Aufforderung an die Agenten der Verklagten, nicht innerhalb der contractmäßigen Zeit von 10 Tagen nach der Entlöschung angewiesen sei, und fordert auf Grund des §. 1643. Thl. II. Tit. 8. A. L. R. die Hälfte der Fracht, welche ihm nach diesem Gesetze zukommt, wenn er „innerhalb 14 Tagen von Zeit des eingelegten Protestes," dessen Einlegung der §. 1639. dem Schiffer bei nicht zeitig angewiesener Ladung zur Pflicht macht, keine andere Ladung hat erhalten können. Der zweite Richter weiset diesen Anspruch bloß deshalb zurück, weil bei dem notariell in Hull aufgenommenen Proteste die Verklagten oder deren Agent nicht zugezogen und auch keine Benachrichtigung an sie erfolgt, eine solche Kundgebung aber zur Wirksamkeit der Protestation nothwendig sei.

Die Anwendung der preußischen Gesetze auf diese Frage ist keiner Seits, auch in der Richtigkeits-Beschwerde nicht bestritten und kann, da es sich von den materiellen Ansprüchen aus einem von zwei Inländern im Inlande abgeschlossenen und im Inlande durch die Ablieferung des Frachtgutes zur Erfüllung bestimmten Vertrage handelt, auch nicht bezweifelt werden.*)

Die Meinung des Richters in Ansehung der Wirksamkeit des in §. 1639. a. a. O. angeordneten Protestes erscheint aber unbegründet und enthält die gerügten Verstöße gegen §§. 1639—1643. Thl. II. Tit. 8. A. L. R. und die zur Unterstützung seiner Auslegung von dem zweiten Richter sonst allegirten Gesetze. Wenn ein Befrachter dem Schiffer innerhalb der contractmäßigen Zeit, nachdem der Schiffer sich zur Aufnahme der Ladung bereit gestellt hat, keine Ladung anweiset, so liegt hierin eine Contractsverletzung, die nach allgemeinen Grundsätzen schon zur Entschädigung verpflichtet. An und für sich bedarf es also zur Begründung dieses Entschädigungsrechts und zur Erhaltung desselben keiner nochmaligen Aufforderung und Notification an den Befrachter. Es wird vorausgesetzt, daß der Schiffer, in sofern ihm dies contractmäßig obliegt, sich zeitig zur Aufnahme der Ladung gemeldet habe, im vorliegenden Falle ist dies unter Beweis gestellt und der Beweis darüber auch erhoben worden. Der Protest, d. h. die notariell oder gerichtlich verificirte Erklärung des Schiffers, daß er am Ladungsorte rechtzeitig anwesend gewesen, zur Ladung sich gemeldet, diese aber in der contractmäßigen Zeit nicht erhalten habe, soll nicht die Aufforderung ersetzen, welche er als geschehen, wo sie nöthig ist, vielmehr voraussetzt. Er soll nur die Anwesenheit des

*) Vergl. Kaltenborn, Grundsätze des Seerechtes Bd. I. S. 355.

Schiffers am Orte, wo er anwesend sein muß, und seine Bereitwilligkeit den Contract zu erfüllen, auf eine ganz unzweideutige Art darthun; er ist insofern ein Beweismittel für den Schiffer Allen gegenüber, welche — wie es in dem hier aufgenommenen englischen Proteste heißt — irgend wie verantwortlich oder verpflichtet sein mögen. Dadurch soll denn auch nach §. 1640. der Zeitpunkt festgestellt werden, von welchem ab der Befrachter schuldig, dem Schiffer alle Versäumnißkosten zu ersetzen. Die Nothwendigkeit eines solchen Protestes liegt nicht in der Sache, sondern nur in particularrechtlichen Vorschriften und das Allgem. Landrecht ordnet ihn um deshalb an, weil für ein darin adoptirtes bestimmtes Entschädigungs-Recht bei einer Certe-Partie, nämlich des Anspruchs auf die halbe Fracht — §. 1643. — ein bestimmter Punkt festgesetzt werden mußte, um diejenige Zeit zu begrenzen, innerhalb welcher dem Befrachter die Bemühungen des Schiffers, anderweitige Fracht zu erhalten, wenn sie Erfolg haben, noch zu Gute kommen sollen. (§. 1642. a. a. O.) Dieser Zeitraum ist im §. 1643. auf 14 Tage festgestellt, nach deren Ablauf tritt die Entschädigungspflicht ein, zwar nicht auf die ganze Fracht, weil es doch stets wahrscheinlich ist, daß ein unbeladenes Schiff einige Ladung erhalten kann, aber doch auf die Hälfte der Fracht. Es liegt nun durchaus kein Grund vor, warum zur Wirksamkeit eines derartigen Protestes die Zuziehung des Befrachters oder dessen Agenten bei der Aufnahme erforderlich sein sollte: diejenige des ersten ist in dem Falle, wie er hier vorliegt, nicht möglich. Daß aber die Frist von 14 Tagen, welche der §. 1643. anordnet, von Zeit des eingelegten Protestes, nicht von der Zeit der etwaigen Certioration des Befrachters von derselben, sondern eben von der Zeit der Einlegung, von der in §. 1639. angeord-

neten „Aufnahme" des Protestes zu rechnen, dafür sprechen die deutlichen Worte des Gesetzes, noch mehr aber die Sache. Denn ganz unmöglich konnte es die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein für den Fall, daß z. B. der Befrachter in einem anderen Welttheile wohnt, und keine Agenten am Orte der Ladung hat, die 14tägige Frist von jener vorherigen Notification des Protestes beginnen zu lassen. Daß in casu vielleicht ein Agent des Hauptagenten der Verklagten B., nämlich H., zur Zeit der Protest-Einlegung in H. anwesend war, kann über den Rechtspunkt nichts entscheiden.

Die Deductionen des zweiten Richters aus §. 1659. geben so wenig ein Argument für seine Ansicht ab, daß vielmehr das Unpassende derselben auch bei dem dort abgehandelten Proteste des Befrachters wegen vom Schiffer zurück gelassenen Frachtgutes, recht deutlich hervortritt. Ist Frachtgut zurückgeblieben, so kann der Befrachter in tantum den Contract aufheben und das Gut zurücknehmen (§. 1660.), er kann aber auch das Gut auf Gefahr und Kosten des Schiffers selbst nachsenden. (§. 1659.) Wählt er Letzteres, so muß er innerhalb 24 Stunden nach erhaltener Nachricht Protest aufnehmen lassen und wenn sich nun kein Beauftragter des Schiffers meldet, die Absendung auf des Schiffers Kosten besorgen. (§§. 1661. 1662.) Es liegt auf der Hand, daß der Befrachter bei diesem Proteste den auf der Fahrt befindlichen Schiffer nicht zuziehen kann, und sollte er, um mit Aussicht auf Schadensersatz (§. 1663.) nachsenden zu können, den Schiffer erst benachrichtigen, also vielleicht gar dessen Rückkunft abwarten müssen, so würde der ganze Zweck der Nachsendung der Regel nach verloren gehen, ja sie würde kaum eine Nachsendung genannt werden können. Klar stellt sich vielmehr auch dieser Protest

als ein Beweismittel für den Befrachter dar, wodurch dieser das Zurückbleiben des Guts und den Moment, von wo ab es auf Gefahr und Kosten des Schiffers liege und besorgt werde, constatiren will, nicht als eine Aufforderung zur Erfüllung einer contractmäßigen Pflicht, deren es nicht bedarf.

Die Bezugnahme des zweiten Richters auf §. 467. Tit. 14. Thl. I. A. L. R., nach welchem Protestationen dem Gegentheil durch die Gerichte bekannt gemacht werden müssen, ist nicht passend. Jedenfalls folgt aus diesem Paragraphen, daß die Bekanntmachung etwas verschiedenes von der Protestation ist, daß sie also zu deren rechtlichen Existenz nicht gehören kann. So ist denn z. B. bei hypothekarischen Protestationen, bei der 38tägigen beim Darlehn ex §. 738. Thl. I. Tit. 11. zwar wohl von der Eintragung (Präj. Nr. 2009. Samml. S. 65.), nie aber von der Notification die Wirksamkeit der Protestation für abhängig erklärt worden. Ebenso verhält es sich mit den anderen Protestationen, die in dem Abschnitt 5. Tit. 14. etwa gemeint sind, z. B. bei der Verjährung durch Besitz Thl. I. Tit. 9. §. 603 ff., den Rechten der Lehnsagnaten Thl. I. Tit. 18. §. 296 ff., des Ehemannes wegen Legitimität eines Kindes Thl. II. Tit. 2. §. 710. wo überall die Einlegung, nicht die Notification der Protestation deren Wirkung bedingt. Allein abgesehen hiervon fällt auch der Faut-Fracht-Protest des §. 1639. überhaupt nicht unter die Kategorie der in §§. 466. und 467. gedachten Protestationen. Es ist characteristisch, daß im Register unter Protestationen Wechsel- und Schiffahrts-Proteste nicht mit aufgeführt sind. Die Protestationen setzen, wie schon die Gleichstellung mit der Pfändung zeigt, einen Einspruch gegen den Besitz oder gegen die Handlung eines Andern voraus,

wodurch dieser dem behaupteten Rechte des Protestirenden negirend entgegentritt, und bezwecken, diesem thatsächlichen Verhältniß gegenüber, das Recht des Protestirenden als nicht aufgegeben darzustellen. Von einer derartigen Protestation ist bei der vom Schiffer nach §. 1639. abzugebenden Erklärung gar nicht die Rede, wenngleich sie dem Handelssprachgebrauche nach Protest genannt wird, sie bezweckt keinen Einspruch gegen angemaaßte Rechte des Anderen, sie bezweckt lediglich den Beweis, daß der Schiffer zur Erfüllung einer Verbindlichkeit seiner Seits bereit gewesen. Insofern hat dieser Protest etwas gemein mit dem Wechsel-Protest, durch den der Wechsel-Inhaber dem Regreßpflichtigen darthun will, daß er seiner Seits contractmäßig sich zur Zahlung beim Acceptanten gemeldet, dieselbe aber nicht erlangt habe. Der Richter argumentirt aber mit Unrecht aus der Nothwendigkeit der Versendung dieses Protestes; denn eines Theils gehört diese doch nicht zur Vollendung des Protestes selbst, sondern ist nur bei dieser Art Protest besonders gesetzlich vorgeschrieben; anderen Theils erhellet der Grund dieser Vorschrift leicht aus der Erwägung, daß der Wechsel-Regreßpflichtige eben nicht der Principal-Verpflichtete ist, daß ihm also zeitige Anzeige werden muß, um sein Recht gegen den Haupt-Verpflichteten, den Acceptanten, oder einen sonst Verpflichteten wahren zu können, während es sich bei dem Faut-Fracht-Protest eben von der Nichterfüllung des Hauptverpflichteten, des Befrachters, handelt, der es schon wissen muß, auch ohne Protest, daß er contractmäßig erfüllen mußte und nicht erfüllt hat. Es ergiebt sich also ein erheblicher Gegen-Grund eben daraus, daß bei dem Protest des §. 1639. die Notification an den Befrachter nicht nur nicht den Anfang der 14tägigen Frist des §. 1643., wie oben gezeigt ist, bedingt, sondern,

daß diese Benachrichtigung bei diesem Proteste überhaupt gar nicht vorgeschrieben ist. Es bedurfte desselben auch nicht. Denn der Befrachter ist durch den Contract und durch die Aufforderung bereits hinlänglich in Kenntniß gesetzt und die 14 Tage a dato des Protestes haben nicht sowohl den Zweck, ihm noch Frist zur Erfüllung des Contracts zu geben, als eine Frist zu seinen Gunsten zu bestellen, innerhalb welcher der Schiffer, um den Schaden des Befrachters möglichst zu verringern, anderweit Fracht annehmen muß, und nur die Differenz als Schadensersatz fordern kann.

Uebrigens bestätigt auch §. 1719. a. a. O. die hier ausgeführte Auslegung. Denn dort ist gerade ausdrücklich vorgeschrieben, daß der Schiffer, wenn die Empfangnahme der Waare verweigert wird, Protest einlegen und den Befrachter davon unverzüglich benachrichtigen muß. Der Unterschied von §. 1639. liegt aber auch klar vor; denn im Falle des §. 1719. ist allerdings, wie beim Wechsel-Protest, die Rede von der Handlung einer Person, welche vom Befrachter verschieden ist, des bestimmten Empfängers nämlich. Zwar wird in der Ausführung des Präjudices 2249. (Entsch. Bd. 20. S. 368. nebenbei 372.) bemerkt, daß sich eine Benachrichtigung des Befrachters von dem Proteste des §. 1639. von selbst verstehe; es handelte sich aber damals über die hier vorliegende Frage nicht, und die Abhängigkeit der Gültigkeit und Wirkung des Protestes von jener Benachrichtigung bei oder gleich nach Aufnahme des Protestes ist damit weder ausgesprochen noch angedeutet.

Hiernach ergiebt sich die Vernichtung des zweiten Urtels.

In der Hauptsache war das erste Erkenntniß abzuändern und waren die Verklagten nach dem Klageantrage zu verurtheilen.

Es ist schon vorstehend umständlich gezeigt, daß der

aufgenommene Protest den Verklagten oder dem Agenten nicht notificirt zu werden brauchte, um eine Wirksamkeit auszuüben. Die Formgültigkeit des Protestes anlangend, welche nach der Regel locus regit actum nach englischem Recht zu beurtheilen, so theilt sich die vorgelegte Urkunde in zwei Theile und hat allerdings ein außergewöhnliches Aeußere dadurch, daß der Protest vom 9., derjenige wegen der nicht geschehenen Anweisung der Fracht, der im §. 1639. erforderte Protest, von dem einen Notar P. aufgenommen ist, und daß dann, ohne daß ein Abschluß oder eine Unterschrift bei diesem Theile des Documents erfolgt wäre, ein zweiter Protest darüber, daß der Kläger in den 14 Tagen keine Ladung gefunden — dessen es nach §. 1643. nicht einmal bedurft hätte — angehängt, dieser am 24. Juni vom Notar B. aufgenommen ist, der dann auch allein das ganze Document abgeschlossen und officiell beglaubigt hat. Welche Bewandtniß es factisch hiermit gehabt hat, zeigt das in dieser Hinsicht beweisende, in zweiter Instanz beigebrachte Notariats-Document des Notars P. vom 5. Mai 1856. Hierin wird attestirt, daß der Protest vom 9. wirklich, wie er gefaßt ist und mit der Unterschrift des Klägers und des Notars versehen in das Notariats-Register des P. eingetragen war, daß in demselben Notariats-Register der weitere Protest vom 24. Juni wirklich von B, „welcher auf mein Ersuchen während meiner zeit„weiligen Abwesenheit von dem besagten Hafen von Hull „für mich und meinetwegen handelte, eingetragen und unter„schrieben wurde, so daß die beiden besagten Erklärungen „gehörig in meine besagten Register von den öffentlichen No„taren, vor welchen sie gemacht, und aufgenommen wor„den, contrasignirt sind."

Die Legalität des aus diesen beiden Erklärungen gefertigten Documents bezeugt P. amtlich dahin:

daß dasselbe ein gehöriges und rechtsgültiges Document war, und daß es nicht erforderlich war, von mir dem besagten Notar, unterschrieben und besiegelt zu werden, da die Signatur von mir, dem besagten Notar, in meine besagten Register, zu der besagten zuerst erwähnten Erklärung, welche so am besagten 9. Juni gemacht und aufgenommen, hinreichend ist und daß solches Document unterschrieben und besiegelt war in Uebereinstimmmung mit dem englischen Gesetz und mit der gewöhnlichen Praxis und Gebrauch des besagten Hafens von Hull.

Auch der Notar B. und ein anderer Notar in Hull, H. J. attestiren unter demselben Datum die Uebereinstimmung der gedachten Procedur mit den englischen Gesetzen und der Praxis des Hafens Hull. Schon in erster Instanz war das Zeugniß zweier Anwalte der Queens Bench, des Robert H. und Joseph C. Sm. darüber beigebracht, daß der gedachte Protest richtig und daß ein von einem englischem Notar notirter und von einem anderen englischen Notar extendirter Protest ein legales und angemessenes Instrument und Document, und eben so bindend für alle Personen, die es betrifft, ist, als wenn das Notiren und Extendiren solchen Protestes von demselben Notar geschehen und executirt worden wäre.

Diesen Erklärungen gegenüber verliert eine vom Verklagten beigebrachte, vom Anwalt C. laut Vidimation ausgestellte Erklärung ihr Gewicht. Ihm war die Frage vorgelegt:

Ein Protest, datirt 9. Juni 1853 besagend, daß er aufgenommen ist von C. P. dem Deponenten die üblichen Rechte über den Gegenstand reservirend, aber dieser Protest statt von C. P. als Notarius publicus am 9. Juni

gegengezeichnet zu sein, von G. B. einem anderen Notarius publicus am 24. Juni gegengezeichnet.

Würde solch ein Instrument nicht prima facie ungültig sein?

Er antwortete:

Ich bin der Meinung, daß solch ein Instrument prima facie ungültig sein würde. Ich sage nicht, daß es nicht einer Erläuterung fähig sein möge.

Die Frage stellte den Thatbestand unvollständig dar und dennoch hielt E. eine Erläuterung zulässig. Diese ist durch die nachherigen Erklärungen und Documente vollständig gegeben, dahin, daß der Protest als ein in das Notariats-Register des P. mit Unterschrift des Klägers und des Notars eingetragenes Document existirte. Man sieht, daß es üblich ist, eine solche Erklärung, weil ihr nach 14 Tagen eine weitere Erklärung noch wahrscheinlich folgen soll, nicht gleich als Instrument auszufertigen, um vielleicht aus Kosten-Ersparniß, die zweite Erklärung gleich anschließen zu können. Gegen die Gültigkeit dieses, mit dem technischen Ausdruck: „Protest-Extendiren" bezeichneten Verfahrens ist kein Zweifel erhoben, sie wird von den zuerst gedachten Juristen vorausgesetzt und die damit verbundene Hinausschiebung der Ausfertigung des Documents bis zum 24. Juni hatte um so weniger Bedenken, als die sofortige Mittheilung des Protestes, wie oben gezeigt, nicht nöthig war. Nur die Verschiedenheit der beiden Personen, die das Document hergestellt haben, kann daher noch Bedenken geben, welche sich aber durch die ertheilte Auskunft vollständig erledigen. Es kommt dabei in Betracht, daß den öffentlichen zur Documentirung bestimmten Personen die Vermuthung der Formgültigkeit ihrer Acte zur Seite steht.

Die von den Verklagten im Appellations-Schlußberichte

angebotene Beibringung von Attesten englischer Rechtsgelehrten darüber, daß das Document nach englischem Recht nicht genügend sei, kann, wenn man auch den Verklagten zu einem solchen Gegenbeweise noch eine Frist gestatten wollte, nur einen Dissens der englischen Rechtsgelehrten möglicher Weise constatiren. Bei einem solchen aber muß für den Kläger ausreichen, daß er eine Form gewählt hat, die nach dem Gutachten der im Hafen Hull bekannten Rechtsverständigen genügend war.

Neben dem Protest liegt dem Kläger noch der Beweis ob, daß er sich bei dem Agenten der Verklagten als ladefertig zeitig gemeldet habe. Dieser Beweis ist geführt durch die eidesstattliche notariell beglaubigte Versicherung der Kaufleute E. und St. vom 9. December 1854, nach welcher die Deponenten sowohl den Commissionair von B. und Comp., den George H. in Hull, am 29. Mai 1853 Namens des Klägers davon, daß das Schiff fertig zum Aufnehmen der Ladung sei, benachrichtigt, als auch noch an demselben Tage hiervon schriftlich dem F. in L. für B. und Comp. Kenntniß gegeben haben.

Die Verklagten hätten nun den Beweis, daß sie innerhalb der contractlichen Liegetage die Ladung anweisen lassen, zu führen gehabt; sie behaupten aber in dieser Beziehung selbst nur, daß die Ladung in Neuholland, nicht im eigentlichen Hafen von Hull angewiesen ist; Kläger giebt die Anweisung in Neuholland zu, bestreitet aber, daß dies zum Hafen von Hull gehöre. Unter solchen Umständen hatte der Schiffer auch keine Veranlassung, den Agenten H. von der geschehenen Aufnahme des Protestes noch überhaupt zu benachrichtigen. Die Benachrichtigung der Verklagten vom Protest durch die Klage ist hinreichend. Nach dem vom Kläger beigebrachten Attest des Notar P. ist Neuholland ein

Dorf, welches ungefähr 7 Meilen entfernt vom Hafen von Hull liegt und auf Ansuchen gewisser Kaufleute haben die Lords der Königlichen Schatzkammer seit einigen Jahren angeordnet, daß es den Kaufleuten in Hull der Bequemlichkeit wegen erlaubt sein soll, Holz und Eisenladungen und Ladungen, die frei von Zollabgaben sind, in Neuholland zu löschen und haben befohlen, den besagten Platz, in sofern er die Einkünfte betrifft, als innerhalb der Jurisdiction des Hafens von Hull zu betrachten. Ausgenommen der vorerwähnten Zwecke wegen können — sagt der Notar — die Plätze (Neuholland und Parst) nicht so betrachtet werden, als formiren sie einen Theil oder ein Stück des Hafens von Hull, so daß folglich ein Schiff, welches durch die Bedingung seiner Certe-Partie angewiesen sei, nach dem Hafen von Hull zu segeln, gesetzlich nicht verpflichtet sein würde, nach Neuholland zu segeln, als machte es einen Theil dieses Hafens aus. Der Notar bezeugt zugleich, daß er mit dem Oberaufseher der Steuern im Hafen Hull eine Consultation gehabt und dieser ganz dieselbe Ansicht ausgesprochen auch gesagt habe, daß, wenn es in einem von ihm geschriebenen Briefe aus Juli 1853 heiße, daß Neuholland einen Theil des Hafens Hull ausmache, dies lediglich im Sinne der Zollzwecke zu verstehen sei.

Den Verklagten hätte es um so mehr obgelegen, den entgegengesetzten Beweis zu führen; sie haben sich aber nur auf das in den Acten B. wider Verklagte beigebrachte Attest des Controlleur O. bezogen, indessen selbst erwähnt, daß das Gericht Stettin in der gedachten Sache auf Grund der Gutachten des Seegerichts-Assessors G. angenommen habe, Neuholland gehöre nicht zum Hafen von Hull. Außerdem haben sie Atteste von Sachverständigen beschaffen wollen, das ist aber bisjetzt nicht geschehen. Es ist schon hiernach an-

zunehmen, daß sie den Beweis nicht geführt haben; übrigens ergeben die in der connexen Sache gleichfalls bezogenen und adhibirten Acten B. wider die Verklagten, daß dort die Behauptung des Klägers rücksichtlich der Nichtzugehörigkeit von Neuholland zum Hafen Hull durch Beweis als richtig festgestellt und daher von dem damaligen Richter als solche mit Recht anerkannt worden ist. Darauf, ob die Agenten B. und Comp., wie Verklagte behaupten, Neuholland als die gewöhnliche Salzabladestelle bezeichnen würden, kommt es überall nicht an, indem der Schiffer sich an die Bestimmungen der Certe-Partie zu halten hatte.

Die aufgestellte in quanto nicht bestrittene Forderung der halben Fracht ist demzufolge, da Verklagte nicht bewiesen haben, daß Kläger in 14 Tagen Fracht erhalten, vielmehr zugeben, daß er leer von Hull abgesegelt ist, durch den §. 1643. Thl. II. Tit. 8. A. L. R. begründet. Es erscheint gleichgültig, ob Kläger, wie Verklagte behaupten, nach dem Hafen Newcastle gesegelt ist und dort 121 Chaldrons Kohlen zur Fracht aufgenommen hat (Kläger giebt nur 12 Chaldrons zu), so daß es auf einen desfallsigen Beweis nicht ankommen kann. Für die erhebliche Verzögerung der Reise, die dem Kläger jedenfalls durch die Nichtanweisung der Ladung erwachsen, soll die Hälfte der Fracht Ersatz gewähren.

Die Verklagten beziehen sich auch auf eine Bestimmung der Certe-Partie in Betreff der Ueberliegetage und meinen, daß hierdurch gemäß §. 1645. die Forderung nach §. 1643. ausgeschlossen sei. Der §. 1645. bezieht sich aber nur auf den Fall, daß vereinbart worden ist, daß der Schiffer gegen Entrichtung eines gewissen Warte- oder Liegegeldes auch nach Verfließung der in der Certe-Partei, oder nach §. 1638. und 1636. bestimmten Ladungszeit liegen bleiben und die Einlieferung der Ladung abwarten soll, was auf

den Fall des §. 1643., daß gar keine Ladung in der bestimmten Zeit angewiesen worden, nicht paßt, vielmehr nur auf die vereinbarte oder nach §. 1635. und 1636. zu bestimmende Zeit, in welcher die Ladung, wenn damit der Anfang gemacht ist, völlig zugeladen sein soll. Nur für diese Eventualität ist auch in der Certe-Parthie die Vergütung von Warte- oder Liegetagen — über 10 Tage — und zwar sowohl beim Einladen als Löschen bestimmt: es sollen die 3. d. p. Ueberliegetage vom Empfänger der Ladung neben der Fracht bezahlt werden. Dies setzt also voraus, daß Gut wirklich geliefert worden, aber nicht innerhalb der Ladezeit geladen worden. Es verpflichtet den Schiffer nicht zu fernerem Abwarten, wenn die Frist ohne daß irgend eine Ladung geliefert wurde ablief; ihm bleibt dann die Forderung aus §. 1643. Dagegen ist es richtig, daß neben derselben die hier stipulirten Liegetage nicht vergütet verlangt werden können, eben weil die Eventualität, unter welcher neben der Fracht eine solche Vergütung eintritt, hier nicht Platz greift. Sie sind aber in dieser Sache auch nicht vergütet verlangt worden, vielmehr außer der halben Fracht nur die Protestkosten.

№ 60.

Nothwendigkeit der Genehmigung des Verkaufs-Vertrages eines Grundstücks durch den befreiten Vormund Seitens des Vormundschafts-Gerichts.

Ob bei befreiter Vormundschaft die Gültigkeit der Veräußerung von Grundstücken, welche Minoren-

nen gehören, an die Genehmigung des obervormundschaftlichen Gerichts unbedingt gebunden ist, dergestalt, daß bei dem Mangel derselben der Käufer kein Recht aus dem Vertrage auf das Eigenthum der Grundstücke erlangt und die Vormundschaft sie vindiciren darf?

A. L. R. Thl. II. Tit. 18. §§. 555 ff. 686. 687. und §. 167. des Anhangs.

Plenarbeschluß vom 22. Juni 1846.

In einem am 8. October 1856 zur Entscheidung des dritten Senats des Ober-Tribunals gelangten Streitfalle L. wider M., bei welchem es sich um die Frage handelte, ob ein von den befreiten Vormündern geschlossener Verkauf über das Grundstück der Minorennen, bei welchem die Concurrenz des obervormundschaftlichen Gerichts nicht eingetreten war, und den die Wittwe und ein inzwischen großjährig gewordenes Kind als ungültig betrachtend, im Wege der Klage rückgängig zu machen suchten, ungültig sei, ist das Appellations-Erkenntniß wesentlich aus den in einem älteren Falle ausgeführten Gründen abgeändert und die Unwirksamkeit des Vertrages wiederholt festgestellt worden.

Dieser noch nicht veröffentlichte Fall in Sachen des Kaufmanns K. wider R. und Genossen betraf gleichfalls die Rückforderung eines Grundstücks-Antheils, welchen die befreiten Vormünder veräußert und übergeben hatten, und dessen Rückgewähr sie, nachdem das Vormundschafts-Gericht die Genehmigung zum Verkaufe verweigert, verlangten.

Der erste Richter, das Kreisgericht zu Marienburg hatte durch Erkenntniß vom 29. Mai 1849 dem Klageantrage gemäß entschieden, der Civil-Senat des Appellations-

Gerichts zu Marienwerder hatte am 5. Januar 1850 abändernd erkannt, indem er die obervormundschaftliche Genehmigung zur Gültigkeit des Vertrages für unwesentlich erachtete. Durch Entscheidung vom 8. November 1850 hat aber der dritte Senat des Ober-Tribunals das erste Erkenntniß wiederhergestellt und zwar aus folgenden

G r ü n d e n.

Die Entscheidung der Sache hängt von Beantwortung der Frage ab, ob ein von befreiten Vormündern bewirkter Verkauf eines Grundstücks deshalb ungültig ist, weil die Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts nicht erfolgt, und, wie im gegenwärtigen Falle, sogar verweigert worden ist?

Der Appellations-Richter hat diese Frage verneint, es kann jedoch seine Ansicht nicht gebilligt werden.

Der Erblasser kann zwar einen von ihm ernannten Vormund von den Einschränkungen, welche in den §§. 422 bis 678. des Vormundschafts-Rechts ausgesprochen sind, ganz oder zum Theil entbinden und wenn eine solche gänzliche Befreiung gültig, wie unbestritten im gegenwärtigen Falle geschehen ist, so wird der Vormund, wenn er gleich der allgemeinen Aufsicht des vormundschaftlichen Gerichts unterworfen bleibt, den Beschränkungen der §§. 550 ff. a. a. O. rücksichtlich der Veräußerung der Grundstücke von Pflegebefohlenen nicht unterworfen sein, die Gültigkeit der Veräußerung selbst ist aber immer noch an die Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts gebunden. Das Allg. Landrecht verpflichtet nämlich im §. 686 ff. Tit. 18. Thl. II. den befreiten Vormund von dem beabsichtigten Verkaufe der unbeweglichen Güter der Pflegebefohlenen dem vormundschaftlichen Gerichte Anzeige zu machen. Sodann bestimmt der §. 687. a. a. O.:

Das Gericht ist zwar weder befugt noch schuldig die Ursache der Veräußerung zu beurtheilen, die Art derselben aber muß mit seiner Genehmigung nach den Gesetzen bestimmt werden.

Nach dem Anh. §. 167. hat das Vormundschafts-Gericht noch die Pflicht, auf Grund der von dem Vormunde an die Hand gegebenen factischen Angaben die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Alienation zu prüfen; es ist daher die Verpflichtung der Vormundschafts-Gerichte noch ausgedehnt worden, wie dies aus dem Rescripte vom 7. März 1796, der Quelle des Anhangs-Paragraphen (Rabe, Bd. III. S. 299.) näher hervorgeht.

Es ist nun zu erörtern, welche Bedeutung jene Vorschriften des Allg. Landrechts haben? Im Allgemeinen ist jeder Vormund, also noch mehr der befreite, zur Eingehung von Verträgen Namens seines Pflegebefohlenen selbstständig legitimirt und es können daher, wenn die Gesetze für einzelne Fälle etwas Anderes festsetzen, diese Fälle nur als Ausnahmen von der Regel erachtet werden. Solche Ausnahmen treten ohne Zweifel in allen Fällen ein, in denen die Gesetze ausdrücklich ein eigenmächtiges Verfahren des Vormundes ganz verbieten. Jene allgemeine Befugniß wird für diese Fälle durch das Verbot aufgehoben, der Vormund erscheint daher zu einer solchen Rechtshandlung gar nicht legitimirt und aus dem dennoch mit dem Vormunde geschlossenen Vertrage können für den Dritten keine Rechte entstehen. Dies gilt namentlich in den Fällen der §§. 550 bis 585. a. a. O.

Anders steht die Sache in Fällen, in welchen das Gesetz dem Vormund, ohne ihn in dem Rechte, Verträge einzugehen, zu beschränken, zur Pflicht gemacht, beim Vormundschafts-Gericht anzufragen und dessen Genehmigung

einzuholen. Im Allgemeinen sind Vorschriften der Art nur solche, welche das Verfahren des Vormundes leiten, sie berühren aber nicht das Verhältniß des Dritten, der mit dem Vormunde einen zulässigen Contract abschließt. Dieser darf nur beachten, ob der Vormund als solcher und an sich durch seine Bestallung legitimirt ist, ob und wie weit deren Inhalt oder die ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen ihn in seiner Befugniß, Verträge einzugehen, beschränken, und ob die gesetzliche Form beobachtet worden. So weit das Gesetz nicht bei bestimmten Verträgen bestimmte Folgen ausdrücklich an die Mitwirkung des vormundschaftlichen Gerichts knüpft, sind die Verträge des Vormundes deshalb allein, weil die obervormundschaftliche Genehmigung nicht ertheilt ist, nicht ungültig. In diesem Sinne hat der Plenarbeschluß des Ober-Tribunals vom 22. Juni 1846 ausgesprochen, daß zur Ungültigkeits-Erklärung eines vom Vormunde für den Mündel abgeschlossenen Vertrages der Umstand allein, daß die Genehmigung des Vormundschafts-Gerichts vorgeschrieben, aber nicht eingeholt ist, nicht hinreiche. Ob aber eine oder die andere Vorschrift des Allgem. Landrechts, in welcher die Anfrage erfordert wird, zu denjenigen zu rechnen sei, wo sie zur Gültigkeit des Vertrages nothwendig und der Vormund zur eigenmächtigen Abschließung des Geschäfts für nicht legitimirt angesehen werden soll, dies ist durch jenen Plenarbeschluß nicht entschieden, vielmehr nach den Motiven (S. 18. Bd. 13. der Entsch.) der besonderen Prüfung im einzelnen Falle überlassen. Diese Prüfung muß aber zur Bejahung der aufgestellten Frage führen.

Zwar ist die Ungültigkeit der Veräußerungs-Verträge des befreiten Vormundes bei Immobilien nicht ausdrücklich ausgesprochen. Sie ergiebt sich aber als nothwendige Folge

der gesetzlichen Vorschriften. Die §§. 686 ff. stellen sich als Ausnahme-Bestimmungen der Befugnisse des befreiten Vormundes in seiner Administration dar. Rücksichtlich der Immobilien, welche die Gesetzgebung des Allg. Landrechts für den wichtigsten und am sorgfältigsten zu schützenden Theil des Vermögens der Mündel ansieht, hat sie die Befugniß des befreiten Vormundes einschränken zu müssen geglaubt. Der Vormund soll vor Abschließung eines Veräußerungs-Vertrages über Immobilien Anzeige machen, das vormundschaftliche Gericht hat die Verpflichtung, die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Alienation allerdings nur nach den factischen Angaben des Vormundes zu prüfen, es kann daher eine solche Veräußerung auch untersagen, weil sonst die angeordnete Prüfung ganz überflüssig, und die gesetzliche Anzeige bedeutungslos erscheinen müßte. Schon hierin läßt sich eine gesetzlich ausgesprochene Beschränkung der Handlungsbefugniß des Vormundes finden. Wollte man aber auch die Bestimmung wegen dieser Prüfung, wie sie §. 167. des Anh. anordnet, nur als eine Instruction für den Vormundschaftsrichter ansehen, so entscheidet doch die kategorische Bestimmung des §. 687.:

> es muß die Art der Veräußerung mit Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichts nach den Gesetzen bestimmt werden.

Das Gesetz spricht hier klar aus, daß die Veräußerungsart an die Genehmigung ausdrücklich gebunden ist und damit ist auch die Veräußerung selbst an diese gebunden. Dies muß um so mehr angenommen werden, weil durch die §§. 686. u. 687. ein Theil der Vorschriften §§. 550 ff. auch für befreite Vormünder aufrecht erhalten worden und deshalb der Schluß gerechtfertigt ist, daß das, was für diesen Theil der gedachten Vorschriften gilt, auch auf die

§§. 686. 687. Anwendung findet, daß also die Veräußerung auch in den Fällen der §§. 686. und 687. ungültig ist, wenn der Vormund den Vertrag ohne Genehmigung des Vormundschafts-Gerichts geschlossen hat. Es bedurfte mit anderen Worten einer ausdrücklichen Bestimmung, daß die Veräußerung bei dem Mangel der obervormundschaftlichen Genehmigung ungültig sei, nicht, weil dies schon in den §§. 550 ff. bestimmt und eben deshalb für die Vorschrift der §§. 686. 687. ohne Weiteres anzunehmen war.

Erwägt man noch, daß der leibliche Vater bei der Veräußerung der zum nicht freien Vermögen der Kinder gehörenden Grundstücke die Einwilligung des vormundschaftlichen Gerichts einholen muß (§. 171. Tit. 2. Thl. II. A. L. R.) und ohne diese unzweifelhaft die Veräußerung ungültig ist, daß aber die Rechte eines wenn auch befreiten Vormundes nicht stärker sein können, als die des leiblichen Vaters, so kann nicht angenommen werden, daß die §§. 686ff. des Vormundschafts-Rechts nur eine Instruction für den Vormund enthalten, vielmehr ist die Gültigkeit der Veräußerung an die obervormundschaftliche Genehmigung gebunden, und auch der dritte Contrahent verpflichtet, sich diese nachweisen zu lassen.

№ 61.

Wirkungen einer Klage und eines Judicats auf Anerkennung des Abschlusses eines ungültigen Contracts.

Einwand der Verjährung durch Nichtgebrauch in der Revisions-Instanz.

Legitimation eines nachfolgenden Erbpachtbesitzers zur Anfechtung des Erbpacht-Contracts. Rechtliche Folgen der selbstständigen Veräußerung von Brau-, Brenn- und Krugverlags-Berechtigungen. —

A. G. O. Thl. I. Tit. 13. §. 38. Tit. 15. §. 18.
A. L. R. Thl. I. Tit. 2. §§. 125 ff.
Edict über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer vom 2. November 1810 (Gesetz-Sammlung S. 79.) §§. 1. 16. 17. 30.
Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe vom 7. September 1811 (Gesetz-Sammlung S. 263.) §§. 32 ff. 52. 53. 54.
Cabinets-Ordre vom 19. April 1813. (Ges.-Samml. S. 69.)
Edict zur Beförderung der Landes-Cultur vom 14. September 1811 (Gesetz-Sammlung S. 300.) §§. 2. und 7.

Ein Vorbesitzer des Verklagten, Hauptmann G., als Besitzer des Ritterguts K., hat mit dem Vater und Vorbesitzer des Klägers, Johann Gottlieb A., dem Besitzer der Erbscholtisei zu K., einen Erbpacht-Contract am 21. December 1821 abgeschlossen. Im Vertrage ist §. 1. in Erbpacht gegeben:

1) das Recht Bier zu brauen und Branntwein zu brennen, welches bisher ausschließlich dem Dominium K. zustand,
2) das nach dem Urbarium dem Dominium bisher zugestandene Recht des Verlags des Kretschams zu K. mit Bier und Branntwein.

Im §. 2. heißt es:

Hierfür bezahlt der Erbscholze A. und dessen

Nachfolger im Besitz einen jährlichen Erbpachtzins von 200 Thlr.

Im §. 5. wird gesagt:

Bei künftigen Verkäufen der Erbscholtisei und des durch diesen Contract mit ihr verbundenen Bier- und Branntwein-Urbars wird das Laudemium mit 10 Procent von ²/₃ des Kaufgeldes an das Dominium K. entrichtet.

§. 6. Da solchergestalt das Bier- und Branntwein-Urbar ein Pertinenz der Erbscholtisei wird, so soll dasselbe unter den in diesem Contracte bestimmten Bedingungen im Hypothekenbuche bei dem Folium der Erbscholtisei in der gehörigen Rubrik eingetragen werden, sobald der heutige Erbpachtcontract von dem hochpreißlichen Oberlandes-Gericht von Ober-Schlesien genehmigt und in dem Hypothekenbuche von K. der diesfällige Vermerk geschehen ist.

Im §. 8. hat sich der Erbverpächter, zur Anlage einer Brennerei in T., 8 Tage nach Confirmation des Contracts die Bezahlung eines Einstandsgeldes von 1000 Thlr. vom Erbpächter ausbedungen. Dann heißt es noch endlich im §. 11.:

Außer dem in Erbpacht gegebenen Bier- und Branntwein-Urbar und Zwangsverlag des K. Kretscham wird dem Erbpächter auch noch ein Angerplatz von 160□ Ruthen Flächeninhalt in Erbpacht überlassen. —

Auf diesen Platz darf Erbpächter zwar keinen Gaststall und Nebengebäude, aber doch ein mit Fachwerk gedecktes Schankhaus errichten.

§. 12. bestimmt nun noch:

Zu einer Entschädigung des Dominiums entsagt Erbpächter auch noch dem Rechte, Raff- und Leseholz zu holen und Kien zu roden und sich seinen Bedarf einzu-

sammeln, welches dem Besitzer der Erbscholtisei bis-
jetzt zustand.

Nachdem der Kläger nach dem Tode seines Vaters mittelst Erbrecesses vom 21. Februar 1837 die Erbscholtisei von seiner Mutter und seinen Geschwistern überkommen hatte, wurde er schon im Jahre 1846 von dem Verklagten wegen Bezahlung des Erbpachtzinses von 200 Thlr. belangt, dieser jedoch mit seiner Klage laut Erkenntnisses vom 11. September 1847 zur Zeit abgewiesen. Dadurch wurde er veranlaßt, gegen die Erben des Erbpächters auf Anerkennung des Erbpachtcontracts vom 20. December 1821 zu klagen und erstritt, besage der Purifications-Resolution vom 3. Januar 1855, die Verurtheilung der verklagten Erben dahin:

gerichtlich oder notariell anzuerkennen, daß zwischen ihrem Erblasser und dem Hauptmann G. ein gerichtlicher Erbpachtvertrag um das bis dahin dem Dominium K. gehörig gewesene Recht, Bier zu brauen und Branntwein zu brennen, und das Recht des Verlags des Kretschams zu K. mit Bier und Branntwein des Inhalts, wie die Blatt 21—24 act. befindliche Abschrift ergiebt, am 20. December 1821 errichtet und abgeschlossen worden sei, und daß ihr Erblasser das gedachte Recht, in K. Bier zu brauen, und Branntwein zu brennen, sowie das Recht zum Verlage des dortigen Kretschams mit Bier und Branntwein und einen Platz von 160□ Ruthen Flächeninhalt auf Grund des erwähnten Erbpachtvertrages eingeräumt und übergeben erhalten. —

Eine auf Grund des mehrerwähnten Erbpacht-Contracts gestützte Abschreibung vom Rittergute und Zuschreibung zur Erbscholtisei im Hypothekenbuche ist, nach Ausweis des über letztere producirten Hypothekenscheins, nicht erfolgt. Es ist

jedoch unbestritten, daß der Kläger den fraglichen Anger-platz in Benutzung und auch sein Vater auf demselben ein Schankhaus erbaut hat, und eben so, daß die 1000 Thlr. Einstandsgeld an den Erbverpächter gezahlt worden.

In dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 23. November 1854, in welchem die in dem zuletzt gedachten Processe eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen worden, ist jedoch bemerkt, daß durch das ergangene Urtel die Gültigkeit der Vererbpachtung jener Rechte nicht anerkannt werde. „Es bleibt vielmehr," — lautet es im Urtel, — „dem Verklagten überlassen, dem Kläger, wenn er aus dieser Vererbpachtung einen Anspruch erheben sollte, den Einwand der Ungültigkeit des Geschäfts entgegenzusetzen."

Der gegenwärtige Besitzer der Erbscholtisei hat nunmehr am 6. December 1854 Klage erhoben mit dem Antrage: den Erbpachtvertrag für nichtig zu erklären und den Verklagten für nicht befugt zu erachten, von ihm als Besitzer der Erbscholtisei für Ueberlassung des Rechts, Bier zu brauen und Branntwein zu brennen, sowie des Krugverlags, einen jährlichen Canon von 200 Thlr. zu verlangen. Diese Klage hat der Kläger auf die Behauptungen gestützt:

1) daß bei seiner Erwerbung der Erbscholtisei mittelst Erbrecesses vom 21. Februar 1837 die vererbpachteten Gerechtigkeiten gar nicht Pertinenzien der Erbscholtisei gewesen, ihm also gar nicht mit überlassen worden;

2) daß der Erbpachtvertrag null und nichtig und verboten, weil nach den Gesetzen die Brauerei-, Brennerei- und Krugverlags-Berechtigung vom berechtigten Grundstücke nicht getrennt und nicht an ein anderes Grundstück veräußert und demselben zugeschlagen werden dürfe, vielmehr dem Privatverkehr entzogen sei; und

3) daß Inhalts des Erbachtvertrages der mit 200

Thlr. bedungene Canon nichts weiter, als eine Gewerbs-abgabe sei, welche durch die Gesetze aufgehoben worden, und ebenso das bedungene unfixirte Laudemium unzulässig sei.

Der Verklagte hat diese Behauptungen des Klägers bestritten und auch mehrere Einwände erhoben, namentlich den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache, der mangelnden Activlegitimation, und noch in der Revisions-Instanz den Einwand der Klageverjährung. Nachdem nämlich der Kläger durch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Falkenberg vom 28. März 1855 abgewiesen war, wurde dasselbe auf seine Appellation durch die Entscheidung des Civil-Senats des Appellations-Gerichts zu Ratibor vom 6. September 1855 dahin geändert: daß der zwischen dem Hauptmann G. und dem Hofbesitzer Johann Gottlieb A. unter dem 20. December 1821 geschlossene Erbpachtvertrag für nichtig zu erklären und Verklagter daher für nicht befugt zu erachten, von dem Kläger als Besitzer der Erbscholtisei Nr. 1. K. einen jährlichen Canon von 200 Thlr. zu verlangen.

Vom Verklagten ist zwar die Revision eingewandt, aber das Appellations-Erkenntniß durch das Urtel des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 3. Juni 1856 bestätigt, aus folgenden

Gründen.

Der Kläger und seine Miterben sind durch das Judicat, die Purifications-Resolution vom 3. Januar 1855, in dem vom Verklagten gegen sie angestrengten Vorprocesse verurtheilt, in einer eintragungsfähigen Erklärung anzuerkennen, daß derjenige Erbpacht-Contract vom 20. December 1821 zwischen ihrem Erblasser und des Verklagten Vorbesitzer E. errichtet und abgeschlossen und die Uebergabe der Erbpachtstücke aus demjenigen Contracte erfolgt sei,

dessen Gültigkeit der Kläger im gegenwärtigen Processe angreift. Es scheint daher seiner Klage der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache mit Recht entgegengestellt worden zu sein. Aber unter den hier vorliegenden eigenthümlichen Umständen ist dies dennoch der Fall nicht.

Der Verklagte war nämlich mit seiner Klage auf Zahlung des Erbpacht-Canons der 200 Thlr. durch das Appellations-Urtel vom 14. September 1847 aus dem Grunde zur Zeit abgewiesen worden, weil die Erbpachtgerechtigkeit von dem Hypotheken-Folium des Ritterguts K. noch nicht abgeschrieben worden und vor der Abschreibung auf Erfüllung des Vertrages nicht geklagt werden könne. Der Verklagte besaß indessen angeblich nur eine einfache Abschrift des Contracts, welche von dem Kläger und seinen Miterben nicht anerkannt wurde, und da sie auch die Angabe des Verklagten über den Inhalt, Abschluß und Erfolg des Contracts leugneten, so stellte er die Klage auf Ausstellung einer anerkennenden Erklärung in eintragungsfähiger Form zu dem Zwecke an, um die Abschreibung der Erbpachtgerechtigkeit im Hypothekenbuche zu bewirken. Der Beweis der Behauptungen des Verklagten wurde bis zum Erfüllungs-Eide geführt erachtet und nach dessen Ableistung die schon gedachte Purificatoria gegen den Kläger und seine Miterben abgefaßt. Diese hatten zwar schon in jenem Processe den Einwand der Richtigkeit des Vertrages ebenfalls erhoben. Indessen der Appellations-Richter in seinen Entscheidungsgründen ließ es dahin gestellt bleiben, ob, wenn der Vertrag verloren gegangen, ein Contrahent dennoch verpflichtet sei, den Abschluß anzuerkennen, obgleich der Vertrag ungültig gewesen, oder geworden, weil der Einwand der Ungültigkeit die Vererbpachtung der 160 □Ruthen Land

nicht treffe, daher der Anstellung der Klage ein wohlbegründetes Interesse zum Grunde liege.

Das Ober-Tribunal in seinem Erkenntnisse über die Nichtigkeits-Beschwerde sagt aber gerade zu: es bleibe dem, jetzigen, Kläger mit seinen Miterben überlassen, wenn der Verklagte aus dieser Vererbpachtung einen Anspruch erheben sollte, den Einwand der Ungültigkeit des Geschäfts entgegen zu setzen. Ob nun gleich nach §. 38. Thl. I. Tit. 13. der A. G. O. Entscheidungsgründe niemals die Kraft eines Urtels haben, so wird doch in ihnen die Erklärung des Inhalts des im Vorprocesse ergangenen Judicats, eben so wie aus der Klage, welche dasselbe veranlaßt hat, dahin entnommen: daß durch den Vorproceß der materielle Einwand der Nichtigkeit gegen den Inhalt des Vertrages nicht zur Entscheidung gekommen, also nicht abgeurtelt sei, vielmehr das Judicat bloß die Thatsachen des Abschlusses jenes Vertrages, seines Inhalts und der Uebergabe der Erbpachtstücke festgestellt habe. Aus diesen Gründen erledigt sich daher der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache.

Aber der Verklagte hat, da der Vertrag am 20. December 1821 abgeschlossen, die Klage auf dessen Nichtigkeitserklärung aber erst am 9. December 1854, also nach länger als 30 Jahren, angebracht worden, noch den Einwand der Verjährung durch Nichtgebrauch entgegengesetzt. Es ist auch verfehlt, wenn der Kläger sich mit der Behauptung dagegen schützen will, daß er erst durch das Judicat im Vorprocesse von seinem Anfechtungsrechte unterrichtet worden sei, da der Contrahent, sein Vater und Vorgänger, unzweifelhaft den Contract kannte und nach §. 515. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R. darauf Nichts ankommen kann, wenn das Recht, welches nach Anfang der Verjährung auf ihn gediehen war, ihm nicht eher als durch den Vorproceß bekannt geworden

sein sollte. Aber der Einwand der Verjährung ist erst in der Revisions-Instanz erhoben und aus diesem Grunde nicht zu berücksichtigen.

Nach §. 11. Thl. I. Tit. 9. der A. G. O. wird zwar der Einwand der Verjährung zu den exceptiones juris gerechnet und dem Richter vorgeschrieben, dergestalt von Amtswegen darauf zu rücksichtigen, daß er, wenn er solchen Einwand bei Abfassung des Urtels bemerkt, eine nähere Vernehmung der Parteien darüber zuvörderst noch verfügen soll. Indessen ist diese Vorschrift durch Nr. 1. §. 5. der Verordnung vom 14. December 1833 und Nr. 1. Artikel 3. der Declaration vom 6. April 1839 dergestalt näher und anders bestimmt, daß es eine Nichtigkeit sein soll, wenn der Richter einen solchen Rechtseinwand berücksichtigt, ohne daß die Parteien darüber gehört worden sind. Dieses Hören der Parteien kann und darf aber, nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime in den Verordnungen vom 1. Juni 1833 und vom 21. Juli 1846, vom Richter von Amtswegen gar nicht mehr verordnet, sondern nur dadurch bewirkt werden, daß der Einwand von der Partei selbst in den zulässigen Proceßschriften oder bei der mündlichen Verhandlung zur Kenntniß und Erklärung des Gegentheils gebracht werde. Ist solches nicht geschehen, so hat nach den jetzt geltenden Proceßvorschriften der erkennende Richter dergleichen Einwand gar nicht mehr zu beachten. Es kann also auch aus der Vorschrift des §. 11. Thl. I. Tit. 9. der A. G. O. kein Argument mehr hergenommen werden, um die Zulässigkeit des Einwandes der Verjährung in der Revisions-Instanz zu deduciren. Vielmehr ist der vom Verklagten vorgebrachte Einwand der Extinctivverjährung eine neue Einwendung, welche sich auf die Thatsachen gründet, daß der Vertrag am 20. December 1821 schon abgeschlossen, die Klage auf dessen

Annullirung aber erst am 9. December 1854, nach Verlauf von mehr als 30 Jahren, angestellt worden. Nach §. 18. Thl. I. Tit. 15. der A. G. O. darf aber in der Revisions-Instanz, wenn der Verklagte neue, auf Thatsachen sich gründende, Einwendungen erst in der dritten Instanz aufstellt, — sobald es nicht die noch in der Execution privilegirten Einwendungen sind, — darauf gar keine Rücksicht genommen werden.

Dies ist auch im Erkenntnisse vom 23. September 1851 Nr. $\frac{192.}{1641.}$ 1851 II. schon angenommen worden.

Ein dritter Präjudicial-Einwand des Verklagten ist der der mangelnden Activlegitimation und giebt allerdings zu manchen Bedenken Veranlassung. Wollte der Kläger seine Berechtigung zur Anstellung der Klage auf den Umstand allein gründen, daß er Erbe seines Vaters, des Contrahenten geworden, so würde man doch nicht mit dem Appellations-Richter annehmen dürfen, daß auf den vorliegenden Fall dieselben Grundsätze Anwendung finden möchten, welche in dem Präjudicate des Ober-Tribunals vom 20. Februar 1849 (Entsch. Bd. 18. S. 242.) entwickelt und auch von dem Plenarbeschlusse vom 1. December 1851 (Entsch. Bd. 22. S. 136.) berührt werden. Denn der Kläger hat seine Klage weder motivirt, noch formulirt zum Besten des Nachlasses, auch constirt gar nicht, daß die Erbschaft des Vaters noch ungetheilt sei. Vielmehr hat der Kläger die Erbscholtisei zu K. aus dem Nachlasse seines Vaters von seinen Miterben für einen, der vorhergehenden Abschätzung entsprechenden, Preis laut Vertrages vom 21. Februar 1837 angenommen, und bei der Taxe ist der Erbpachtcanon von 200 Thlr. in Ausgabe gestellt und es haben seine Miterben bei der Anfechtung des Erbpacht-Contracts schon deshalb ein wesentliches Interesse. Ebenso

haben sie ein solches bei der in Folge der Vernichtung offenbar nicht dem Kläger allein, sondern nur den sämmtlichen Erben zustehenden Rückforderung des von ihrem Erblasser bezahlten Erbstandsgeldes von 1000 Thlr.

Die §§. 10. 115. 151. Thl. I. Tit. 17. des A. L. R. würden daher dem Kläger und seiner Activlegitimation insofern entgegenstehen, als er selbige bloß auf seine Eigenschaft als Erbe des Contrahenten gründen könnte. Aber dem Appellations-Richter muß beigestimmt werden, wenn er die Legitimation des Klägers zu seiner Klage aus dem durch den Erbpacht-Contract vom 20. December 1821 beabsichtigten und auch begründeten dinglichen Verhältnisse zwischen der Erbscholtisei und dem Rittergute zu K. noch hergeleitet hat.

Durch den Erbpacht-Contract ist verabredet und beabsichtigt, daß die in Erbpacht gegebenen Gerechtigkeiten und 160 □ Ruthen Land der Erbscholtisei zugeschlagen und von dem Rittergute abgeschrieben werden sollen, die Verbindlichkeiten, welche die Contrahenten gegen einander übernommen haben, sind an ihre Eigenschaft als beziehungsweise Besitzer des Ritterguts und der Erbscholtisei zu K. gebunden. Durch das Judicat vom 3. Januar 1855 steht rechtskräftig fest, daß die Uebergabe der Erbpachtstücke an den Vater des Klägers, an seinen Vorbesitzer der Erbscholtisei, erfolgt ist, und, daß der Kläger in diesen Besitz der Erbpachtstücke gefolgt sei, ist die eigene Behauptung des Verklagten, welche in Ansehung des Landes vom Kläger unumwunden zugestanden, in Betreff der Gerechtigkeiten aber eigentlich nur durch rechtliche Ausführungen bekämpft wird.

Endlich wird der Erbpachts-Canon vom Kläger, als Besitzer der Erbscholtisei, durch den Verklagten, als Besitzer des Ritterguts, gefordert. Es liegt also hier ein solches

obligatorisches Verhältniß vor, welches, den deutschen Rechten eigenthümlich und auch im Allgemeinen Landrechte anerkannt, die Stellung des Gläubigers, sowie die des Schuldners, desgleichen die Succession in die Obligation durch den Besitz eines Grundstücks bedingt und schafft.

cfr. §§. 125 ff. Thl. I. Tit. 2. A. L. R.

Eichhorn, Einleit. in das deutsche Privatrecht §§. 163. 164. 166.

v. Savigny, Obligationen-Recht §. 15. Cap. I. Bd. 1.

Erscheint nun hiernach der Kläger, als Besitzer der Erbscholtisei, als Schuldner des Verklagten als Besitzers des Ritterguts zu K. und Gläubigers, so müssen ihm auch die Mittel gewährt sein, die Tilgung oder die Ungültigkeit seiner Schuld auszuführen. Wenn er die letztere aber darin findet, daß der Erbpachtvertrag den Gesetzen zuwider und deshalb nicht geeignet gewesen, ihm das Recht an den vererbpachteten Stücken zu verschaffen, für welches er Canon und Laudemium überkommen hat, so folgt ganz einfach, daß er auch befugt sein müsse, die Richtigkeit des Vertrages aus eigenem Rechte gegen den Erbverpächter, als Besitzer des Ritterguts, auszuführen.

Hiernach erscheint auch der dritte Einwand des Verklagten unbegründet. Hätte der Kläger seinen Antrag auch auf die Erstattung des von seinem Erblasser an den Hauptmann G. bezahlten Einstandsgeldes von 1000 Thlr. gerichtet, so würde ihm hierzu, nach dem Obigen, allerdings die Legitimation fehlen. Soweit aber hat er seinen Antrag nicht erstreckt. Er hat nur in seiner Appellationsschrift, — anscheinend um einem, indessen nicht erhobenen, Einwande des Verklagten noch zu begegnen, — noch erklärt, daß er bereit sei, das Empfangene zurückzugeben und den Zustand vor dem Erbpacht-Contracte wieder herzustellen, gegen Er-

stattung des Einstandsgeldes von 1000 Thlr. und Herstellung der aufgehobenen Raff- und Leseholzgerechtigkeit. Der Appellations-Richter hat daher auch keine Veranlassung gehabt, über diese gar nicht verhandelten Ansprüche etwas festzusetzen und noch weniger ist darüber im Revisions-Urtel zu entscheiden.

Die Entscheidung des Processes hängt daher lediglich von der Prüfung der Rechtsgültigkeit des Erbpachtvertrages vom 20. December 1821 ab. Es muß jedoch dabei vorausgeschickt werden, daß in dieser Beziehung es gleichgültig ist, wenn, wie behauptet wird, der Vertrag von der administrativen Behörde in Ansehung der Steuervertheilung und, wenn von der Polizei-Behörde genehmigt worden, daß der Kläger das Brau- und Brennereigewerbe betreibe, da eine solche Genehmigung eine selbstständige, durch die Gültigkeit eines unter Privaten geschlossenen Vertrags aber nicht bedingt ist, noch auch dieselbe beweiset. Eben so wenig ist aber auch die Behauptung des Klägers, daß die vererbpachteten Stücke mit der Erbscholisei gar nicht in seinen Besitz gekommen, geeignet, seiner Klage zur Stütze zu dienen, da er selbst nicht leugnen können, daß er sich wenigstens im Besitze der 160 □Ruthen Land befinde.

Dem Rittergute K. hat als Pertinenz die ausschließliche Gerechtigkeit, Bier zu brauen und Branntwein zu brennen und den Kretscham zu K. mit Bier und Branntwein zu verlegen, zugestanden. Der Zweck des Erbpacht-Contracts vom 20. December 1821 ist es gewesen, diese mit dem Rittergute verbundenen Real-Gewerbeberechtigungen auf die Erbscholtisei zu K. zu übertragen, und zwar dergestalt, daß die zur Ausübung dieser Berechtigungen auf dem Rittergute vorhandenen Gebäude nicht mit überlassen sein, sondern auf der Erbscholtisei die erforderlichen Gebäude erst errichtet

werden sollten. Es konnte aber zunächst durch diesen Contract dem Erbpächter das Recht zur Ausübung des Brau- und Brennerei-Gewerbes gar nicht verschafft werden, weil solches durch das Edict vom 2. October 1810 §§. 1. 16. 17. und 30. nicht von Privatverfügungen, sondern lediglich vom Staate und der von ihm beliebten Ertheilung eines Gewerbescheines abhängig gemacht worden ist.

Ausschließliche Gewerbe-Gerechtigkeiten wurden durch §. 17. aufgehoben und nur für solche, welche nicht auf einem Grundstücke haften und damit in keiner unzertrennlichen Verbindung stehen, die aber dennoch in den Hypothekenbüchern eingetragen sind, wurde vom Staate eine Entschädigung zugesichert. Diese Vorschrift wurde indessen durch das Gesetz vom 7. September 1811 §§. 32 ff. dahin geändert, daß in Ansehung der Real-Gewerbsberechtigungen in den Städten, auch wenn sie vormals untrennbar mit städtischen Grundstücken verbunden waren, das dort verordnete Ablösungsverfahren eingeführt worden. Dagegen verordnen die §§. 52 ff. über die bisherigen Realberechtigungen auf dem Lande, deren Exclusivität nach wie vor aufgehoben geblieben, namentlich §. 52:

1) daß das Recht, zum Absatze an Andere, zu brauen und das Recht Branntwein zu brennen, überhaupt, auf dem Lande den bisherigen Besitzern desselben verbleiben soll.

Dadurch wird jedoch nichts Anderes festgesetzt, als, daß dem Grundbesitzer auf dem Lande, mit dessen Grundstücke bisher das fragliche Recht verbunden war, das Recht auf Ertheilung eines Gewerbscheins, ohne welchen kein Gewerbe betrieben werden darf, zustehen soll, ohne, daß es einer weitern Untersuchung über die Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit der Anlage bedarf. Nur den bisherigen Besitzern, also

den Besitzern derjenigen Grundstücke, mit denen die Berechtigung verbunden war, ist dieses Recht verblieben und es folgt schon daraus, daß durch Privatwillkühr dasselbe von einem Grundstücke auf ein anderes nicht übertragen werden könne, so wie überhaupt nicht von dem Fortbestehen, und noch weniger von dem Uebertragen der aufgehobenen Ausschließlichkeit des Rechts, die Rede sein konnte. Der Fall des §. 53. liegt nicht vor, da der Besitzer der Erbscholtisei nicht deshalb das Recht zu brauen und zu brennen überkommen soll, weil sein Grundbesitz 15,000 Thlr. werth ist, — den er übrigens für 6,404 Thlr. 20 Sgr. und Uebernahme eines Auszugs, nach vorgängiger gerichtlicher Taxe, erworben, — sondern, weil das Recht des Ritterguts der Erbscholtisei überlassen werden sollte.

Ferner verordnet

2) der §. 54. daß der Krugverlag nicht aufgehoben sein solle, wenn derselbe auf den Grund der Verjährung oder ausdrücklicher Verträge bereits besteht.

Keins dieser beiden Fundamente ist hier behauptet oder bewiesen, und die bloße Verzeichnung des Krugverlagsrechts des Ritterguts wider den Kretscham zu K. im Urbarium vom 2. August 1793 kann die Angabe des gesetzlich zum Fortbestande erforderlichen Fundaments nicht ersetzen. Nach dem angeführten §. 54. a. a. O. in Verbindung mit §. 56. Thl. I. Tit. 23. A. L. R. liegt aber auch gerade das Wesen des Krugverlags darin, daß der Inhaber einer bestimmten Schankstätte aus einer bestimmten Fabrikationsstätte mit seinem Bedarfe versehen wird. Die bestimmte Fabrikationsstätte ist hier das Rittergut und es liegt in der Natur des Rechtsverhältnisses, daß das Recht der bestimmten Fabrikationsstätte von deren Besitzer nicht auf jedes andere Grundstück, hier die Erbscholtisei, beliebig übertragen

und durch solche Uebertragung ein Recht gegen die Schankstätte nicht begründet werden könne. Abgesehen davon, daß die Existenz des veräußerten Rechts zur Zeit des Contracts nicht einmal nachgewiesen worden, ist also dessen Abtretung schon gesetzlich unstatthaft gewesen.

In dem Erbpacht-Contracte §§. 8. und 9. ist dem Rittergute das Recht vorbehalten, eine Branntweinbrennerei zu erbauen, jedoch verabredet, daß der Branntwein, weder am Orte K., noch innerhalb zwei Meilen in der Runde verkauft werden dürfe, mit einer bedingten Ausnahme des Orts Sch. Diese Verabredung läuft offenbar gegen die Gewerbefreiheit und ist nach der Cabinets-Ordre vom 19. April 1813 nichtig, daher ebenfalls mit Recht vom Kläger angefochten und nicht geeignet, ihm ein Recht zu verschaffen.

Ferner ist auch die Verabredung im §. 5. des Erbpacht-Contracts ungültig, welche bestimmt, daß bei künftigen Verkäufen der Erbscholtisei und des durch diesen Contract mit ihr verbundenen Bier- und Branntwein-Urbars 10 pCt. Laudemium von 2/3 des Kaufgeldes an das Dominium zu zahlen, weil seit Erlaß des Landes-Kultur-Edicts vom 14. September 1811 die Auferlegung unfixirter Laudemien gesetzlich untersagt gewesen, wie im Präjudicate vom 29. April 1847 (Entsch. Bd. 15. S. 242.) nachgewiesen worden.

Selbst abgesehen von der Richtigkeit der beiden zuletzt gedachten Verabredungen wegen der Beschränkung des Branntweinverkaufs und der Verpflichtung zu Laudemien so muß doch der Erbpachtvertrag schon aus dem Grunde ungültig erachtet werden, weil sein Hauptgegenstand, die Brau-, Brenn- und Krugverlags-Berechtigung, der selbstständigen Veräußerung und dem unbeschränkten Privatverkehr gesetzlich entzogen ist und die im Contracte ausdrücklich

bevorwortete Eigenschaft der Ausschließlichkeit der Brau- und Brennerei-Gerechtigkeit nach dem Obigen überhaupt gesetzlich aufgehoben ist. — §. 14. Thl. I. Tit. 4. und §§. 67. 52. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R. —

Auch dadurch kann der Contract nicht aufrecht erhalten werden, daß in dessen §. 11. noch ein Angerplatz von 160 □Ruthen mitvererbpachtet worden. Denn dieser ist nach ausdrücklicher Festsetzung des Vertrages lediglich zur Errichtung eines Schankhauses, also zur Ausübung und Benutzung der vererbpachteten Gewerbsberechtigungen mit in Erbpacht gegeben. Diese Nebenabrede macht daher einen integrirenden Theil des Contracts aus, welche von dem Hauptgegenstande abhängig und mit der Hauptbestimmung fällt.

Ist nun der Erbpacht-Contract ungültig, so folgt auch von selbst, daß dem Erbpächter der verabredete Canon nicht abgefordert werden könne. Es ist aber auch richtig, daß nach der Fassung des §. 2. des Erbpachtvertrages der Zins von 200 Thlr. bloß für die im §. 1. vererbpachteten Berechtigungen des Brauens, Brennens und Krugverlags verabredet worden, also in der That eine Abgabe für die Berechtigung zum Betriebe von Gewerben stipulirt worden, welche durch §. 30. des Edicts vom 2. November 1810 aufgehoben worden ist und neben der dem Staate gebührenden Gewerbesteuer von Privaten nicht erhoben werden darf. Handelte es sich nicht um die Nichtigkeit und Aufhebung des ganzen Vertrages, sondern bloß um den Wegfall des Canons, so würde allerdings in Frage gestellt werden können, ob nicht ein Theil desselben auf die mitverpachteten 160 □Ruthen Land zu rechnen sein möchte. Indessen auch dann würde die Frage zu verneinen sein, weil nach der Fassung des §. 11. im Falle des Verkaufs dem Erbverpächter, ohne Bezug auf das übrige Erbpachtsgeschäft

also auch ohne Verminderung des Canons, der Vorkauf zustehen soll, falls selbiger aber nicht ausgeübt wird, nicht nur 10 Prozent Laudemium, sondern auch ein besonderer jährlicher Zins von 5 Thlr. von dem Lande entrichtet werden soll. Der Inhalt des Vertrages selbst beweiset folglich, daß die Mitvererbpachtung des Landes bei Bestimmung des Canons von 200 Thlr. gar nicht in Anschlag gekommen, vielmehr selbiger lediglich für die vererbpachteten Gerechtigkeiten berechnet und bedungen worden sei.

Aus diesen Gründen erscheint die Entscheidung des Appellations-Richters vollkommen gerechtfertigt, die vom Verklagten erhobene Revision aber nirgends begründet.

№ 62.

Appellations-Einführung und Rechtfertigung.

Kann die Appellation, als nicht gehörig eingeführt, aus dem Grunde zurückgewiesen werden, weil die von dem bevollmächtigten Rechts-Anwalt des Gerichts erster Instanz unterzeichnete und mit dessen Dienstsiegel versehene, beim Appellations-Gericht rechtzeitig eingereichte, Appellations-Einführungs- und Rechtfertigungs-Schrift von dem Appellanten nicht mitunterschrieben war?

Verordnung v. 21. Juli 1843 §§. 1. und 2. (Ges. S. S. 295.)
Verordnung v. 21. Juli 1846 §§. 17. 21. 22. (Ges. S. S. 291)
Allg. Ger. Ord. Thl. I. Tit. 3. §§. 20. 22. und 55., Tit. 12. §. 12. Thl. III. Tit. 7. §. 7.

Vergl. Justiz-Minist.-Blatt 1847 S. 168., 1848 S. 175., 1849 S. 325., 1855 S. 292.

In einer beim Kreisgericht zu Bochum schwebenden Proceßsache war von dem, bei diesem Gericht angestellten Rechtsanwalt, als Proceß-Bevollmächtigten des Verklagten und Namens desselben, gegen das Urtel erster Instanz die Appellation rechtszeitig angemeldet und durch eine von ihm unterzeichnete und mit seinem Dienstsiegel versehene Appellations-Rechtfertigungs-Schrift beim Appellations-Gericht zu Hamm eingeführt worden. Letzteres erkannte aber am 20. März 1856:

daß das Rechtsmittel der Appellation, als nicht gehörig eingeführt, zurückzuweisen.

Auf die Nichtigkeits-Beschwerde des Appellanten hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 17. October 1856 dieses Erkenntniß vernichtet und die Sache zur anderweiten Entscheidung an das Appellations-Gericht verwiesen.

Gründe.

Der Appellations-Richter hat die seiner Entscheidung zum Grunde liegende Ansicht, daß der Appellations-Rechtfertigungsschrift, da sie nur von dem Rechtsanwalte N. N., dem Bevollmächtigten erster Instanz des Verklagten, nicht aber von dem Letzteren selbst unterzeichnet worden, rechtliche Wirkung nicht beigelegt werden könne, in folgender Art näher begründet:

Das Amt des Rechts-Anwalts umfasse nach der bestehenden preußischen Rechtsverfassung zwei, ihrer Natur nach, verschiedene Functionen, die Advocatur und die Procuratur. Der Procurator vertrete die Partei vor Gericht und stelle in ihrem Namen die erforderlichen Anträge; der Advocat dagegen habe mit der Vertretung der Partei nichts

zu thun; ihm liege vielmehr nur ob, die Rechte seines Clienten neben diesem vor Gericht auszuführen. Die Allg. Gerichts-Ordnung enthalte die Bestimmung, daß in Processen die Parteien sich nur durch solche Rechtsanwalte vertreten lassen dürfen, welche bei dem Proceß-Gerichte zur Praxis bestellt seien. (§. 22. Tit. 3. Thl. I, Thl. III. Tit. 7. §. 7.)

Von dieser Regel kämen nur unerhebliche Ausnahmen vor. Die Procuratur und Advocatur sei also hiernach der Regel nach auf den Bezirk beschränkt, in welchem ein Rechts-Anwalt zur Praxis berechtigt sei. Durch die Verordnung vom 21. Juni 1843 werde zwar bestimmt, daß jeder Rechts-Anwalt, ohne Einschränkung auf einen Gerichtsbezirk, befugt sein solle, Proceßschriften für Andere anzufertigen oder zu legalisiren; allein diese Verordnung trage offenbar den Charakter eines Ausnahmegesetzes, und es dürften daher Aenderungen des früheren Rechtszustandes nur da angenommen werden, wo sie aus den Bestimmungen derselben klar erhellten. Dies sei aber der Fall nur rücksichtlich des Anfertigens und Legalisirens von Rechtsschriften. In beiden Fällen müsse der betreffende Rechtsanwalt die angefertigte oder legalisirte Schrift unterzeichnen; diese Unterzeichnung habe indessen nur die Bedeutung, daß der Unterschreibende dadurch die Gewähr für den Inhalt der Rechtsschrift übernehme. Hiermit sei die Thätigkeit des Anfertigens und Legalisirens beendigt und was darüber hinausliege, könne nicht unter die Bestimmungen der Verordnung vom 21. Juli 1843 fallen. Diese Verordnung betreffe lediglich die Advocatur nicht aber die Procuratur. Die Einreichung einer von der Partei nicht unterzeichneten Schrift, Namens derselben, bei Gericht, sei aber unzweifelhaft ein Act der Procuratur und daher der Regel nach nur den bei dem

betreffenden Gericht angestellten Rechts-Anwalten gestattet. Hieraus ergebe sich, daß die nur von dem bei dem Appellations-Gericht zur Proceß-Praxis nicht berechtigten Rechts-Anwalt N. N. unterzeichnete Appellations-Rechtfertigungsschrift, als nicht gehörig eingeführt, habe zurückgewiesen werden müssen.

Die hiergegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist auf den Art. 3. Nr. 2. der Declaration vom 6. April 1839, also darauf gegründet worden: daß ein rechtzeitig angebrachtes, gesetzlich zulässiges Rechtsmittel zurückgewiesen worden. Bei der Prüfung der Frage über die Zulässigkeit des Rechtsmittels tritt daher hier eine völlig freie Beurtheilung sowohl in Ansehung des Sachverhältnisses, als der gesetzlichen Vorschriften ein. (Plenar-Beschluß vom 9. October 1843. Entscheidungen Bd. 9. S. 153.)

Der beim Kreisgericht zu Bochum als Rechtsanwalt angestellte N. N. war in der vorliegenden, dort schwebenden Proceßsache von dem Verklagten mit der gewöhnlichen Proceßvollmacht, die zugleich die Ermächtigung enthielt: „Erkenntnisse in Empfang zu nehmen und Rechtsmittel einzulegen" versehen worden. Er meldete gegen das ihm behändigte Urtel erster Instanz dort rechtzeitig für den Verklagten die Appellation an, wozu er, was außer Streit ist, gewiß befugt war. Sodann hat er die von ihm angefertigte Appellations-Rechtfertigungsschrift vom 17. December 1855 mit seiner Namensunterschrift und mit seinem Dienstsiegel versehen und es ist diese Schrift am 22. desselben Monats, also rechtzeitig beim Appellations-Gericht präsentirt worden. Diese Schrift entspricht den Vorschriften der Verordnung vom 21. Juli 1843, welche bestimmt:

§. 1. Jeder Justiz-Commissarius soll fortan, ohne Einschränkung auf einen Gerichtsbezirk, befugt sein,

Vorstellungen, Eingaben und Schriften aller Art, welche in Proceß- oder anderen Rechtsangelegenheiten einem Gerichte einzureichen sind, für Andere anzufertigen oder zu legalisiren.

§. 2. Ist der Justiz-Commissarius bei dem Gerichte, welchem die Schrift eingereicht werden soll, nicht angestellt, so muß derselbe außer dem Datum und der Namensunterschrift sein Dienstsiegel beifügen.

Auch hierüber und über die Befugniß des gedachten Rechtsanwalts: die Appellations-Rechtfertigungsschrift für den Verklagten anzufertigen, waltet kein Zweifel ob und konnte, nach den klaren Worten jenes Gesetzes, kein Zweifel obwalten. Dagegen soll er nicht befugt gewesen sein, die nur von ihm, nicht aber auch von seinem Mandanten unterschriebene Schrift, mit rechtlicher Wirkung Namens seines Mandanten beim Appellations-Gerichte einzureichen; und eben deshalb soll sein Mandant nach den §§. 17. und 21. der Verordnung vom 21. Juli 1846 des angemeldeten Rechtsmittels verlustig geworden sein. Es ist hier, was scharf ins Auge zu fassen ist, nur die Frage zu entscheiden: ob sich dieses gegen die Partei zu verfügende Präjudiz nach der Verordnung vom 21. Juni 1846 rechtfertigen läßt? Diese Frage ist zu verneinen.

Der Gerichts-Ordnung ist der Unterschied zwischen Advocatur und Procuratur, wie er zur Auslegung der Verordnung vom 21. Juli 1843 herangezogen wird, fremd, da in einem Proceßverfahren ohne Schriftwechsel, wo vielmehr alles in den Terminen durch den Richter erörtert werden sollte, ein solcher Unterschied zwischen der Anfertigung der Schrift, als Geschäft der Advocatur, und der Einreichung der Schrift, als Procuratur-Geschäft, undenkbar war. Im §. 20. Thl. I. Tit. 3. A. G. O. ist von der Besorgung

der Angelegenheiten und Geschäfte, welche außer und zwischen den Terminen vorfallen, im Gegensatz der bloßen Assistenz im Termine, in der Art die Rede, daß es dazu einer ordentlichen Vollmacht bedarf und heißt es dann:

> Eine jede Partei, welche nicht am Ort des Gerichts ihren beständigen Aufenthalt hat, ist schuldig, wenn sie auch die Instructions-Termine persönlich abwartet, dennoch einen solchen Bevollmächtigten zum Betrieb der Sache zwischen den Terminen zu bestellen.

Nach §. 22. a. a. O. muß sie, wenn sie die Instruction des Processes nicht persönlich abwartet, einen Bevollmächtigten aus den beim Gericht zur Proceß-Praxis bestellten Justiz-Commissarien wählen. Im §. 55. a. a. O. wird dem bevollmächtigten Justiz-Commissarius gestattet, durch einen Substituten alle Geschäfte welche den Betrieb der Sache zwischen den Terminen und die sogenannte Procuratur betreffen, wahrnehmen zu lassen, wogegen die Substitution zu eigentlichen Instructions-Verhandlungen beschränkt ist. Es stehen sich hier die Wahrnehmung der Instructions-Termine, als das bedeutendere Geschäft, und der Betrieb der Sache außer den Terminen, als das unbedeutendere Geschäft gegenüber. Es muß daher jedenfalls gewagt erscheinen, aus einer Gleichstellung beider, in Betreff der Verpflichtung der Parteien, sich dazu eines recipirten Justiz-Commissars zu bedienen, und dann wieder aus einer Distinction zwischen Advocatur- und Procuratur-Geschäften, welche unserer Gerichts-Ordnung fremd ist, ein entscheidendes Argument für die Auslegung der Verordnung vom 21. Juli 1843 zu entnehmen.

Bei den schriftlichen Deductionen, welche nur von einem im Obergerichtsbezirk, wo der Proceß schwebte, recipirten Justiz-Commissar unterschrieben oder legalisirt sein

mußten, blieb es der Partei überlassen, dafür zu sorgen, daß die Deduction zur bestimmten Zeit zu den Acten komme, und sollte sie besonders in der Appellations-Instanz denjenigen benennen, welchem sie die Anfertigung der Schrift übertragen habe, damit sich das Gericht bei etwaigen Verzögerungen an diesen halten könne. §. 12. Tit. 12. §. 62. Tit. 14. Pr. Ord.

Ihre Mitunterschrift oder die Einreichung durch einen beim Gericht derjenigen Instanz, wo der Proceß schwebte, angestellten und von der Partei bevollmächtigten Justiz-Commissar war nicht erfordert. Wenn nun das Gesetz vom 21. Juli 1843, ohne Einschränkung auf einen Gerichts-Bezirk, allen Justiz-Commissarien die weit wichtigere Befugniß zur Anfertigung der Proceßschriften für eine Partei d. h. in ihrem Auftrage, ertheilt, so ist wenigstens ein innerer Grund dafür nicht aufzufinden, weshalb die Partei nicht auch ihn mit der Einreichung dieser Schrift sollte bevollmächtigen können. Dies ist jedoch für die vorliegende Frage nicht einmal entscheidend. Es kommt vielmehr hauptsächlich auf die Auslegung der §§. 17. und 21. der Verordnung vom 21. Juli 1846 an. Nach der A. G. O. Thl. I. Tit. 25. §§. 25—28. wurde das Appellatorium nur dann beim Obergericht instruirt, wenn eine neue Instruction in facto erfolgen sollte und der Appellant auch dann nicht die Instruction beim Untergericht verlangte, der Appellationsbericht mußte immer beim Untergericht eingereicht werden. Für den Fall der Instruction beim Obergerichte hatte der Appellant sodann einen Rechtsbeistand unter den beim Obergericht zur Proceß-Praxis angesetzten Justiz-Commissarien zu wählen, oder die Zuordnung eines Assistenten Seitens des Obergerichts, bei unterlassener Wahl, zu erwarten. Nach der Verordnung vom 1. Juni 1833

§. 47. gelangte die Sache erst nach erfolgter Beantwortung der Appellation an das Obergericht, und also auch dann erst an die dort angestellten Justiz-Commissarien. Die Verordnung vom 21. Juli 1846 traf hierin zwei wesentliche Aenderungen. Sie beließ nur die Anmeldung des Rechtsmittels beim Untergericht. Die Einführung und Rechtfertigung desselben mit den weiteren Verhandlungen gehörte, von nun, vor das Appellations-Gericht. Außerdem wurde neben dem Fatale zur Anmeldung des Rechtsmittels, zur Erhaltung desselben eine ganz neue Präclusiv-Frist durch den §. 17. eingeführt, dahin lautend:

> Die Einführung und Rechtfertigung muß bei Verlust des Rechtsmittels innerhalb vier Wochen nach Ablauf der für die Anmeldung bestehenden Frist, und ohne daß es dazu einer besonderen Aufforderung bedarf, dem Gerichte höherer Instanz, und zwar stets schriftlich, überreicht werden.

Im §. 21. ward hinzugefügt:

> Nur öffentliche Behörden und solche Personen, welche zum Richteramt befähigt sind, können die Einführung und Rechtfertigung und deren Beantwortung ohne Zuziehung eines Justiz-Commissars schriftlich einreichen. Die Schriften anderer Parteien müssen von einem Justiz-Commissar unterzeichnet sein.

Wenn man nun auch, bei Anwendung der Vorschrift im §. 7. Tit. 7. Thl. III. A. G. O., wonach die Proceß-Praxis eines jeden Justiz-Commissars auf den Ort oder District eingeschränkt ist, wo er dazu in seiner Bestallung angesetzt worden, und unter Berücksichtigung zugleich der Vorschriften der Verordnung vom 21. Juli 1843, zu dem Resultat gelangen könnte oder annehmen wollte, daß in Folge jener Aenderung von selbst die Proceß-Praxis des Rechtsanwaltes erster Instanz mit der Appellations-Anmel-

dung geschlossen sei und die des Rechtsanwalts zweiter Instanz mit der Einführung und Rechtfertigung der Appellation beginne, die Einführungs- und Rechtfertigungsschrift hiernach also zwar von dem Ersteren, wie von jedem Rechtsanwalte, angefertigt werden könne, deren Einreichung aber dem Letzteren ressortmäßig gebühre; so fehlt es doch überall an einer Vorschrift, welche die Partei zwänge, sich bei Strafe der Unwirksamkeit ihrer Schrift zu deren Einreichung eines beim Appellations-Gerichte angestellten Rechts-Anwalts zu bedienen. Ein solcher Procuratur-Zwang existirt überhaupt in beiden Instanzen nicht.

Nach §. 22. kann die Vorladung der Parteien zur mündlichen Verhandlung, in Ermangelung anderer zur Empfangnahme bestellter Bevollmächtigter, gültig zu Händen der Justiz-Commissare insinuirt werden, welche die eingereichten Schriftsätze unterzeichnet haben, wenn dieselben bei dem erkennenden Gerichte zur Proceß-Praxis befugt sind, oder an dem Sitze dieses Gerichts wohnen. Das Gesetz erkennt hier also die rechtliche Zulässigkeit anderer Bevollmächtigten zu dem offenbar wichtigeren Procuratur-Geschäft: nämlich der Empfangnahme der Vorladungen an; weshalb, fragt man mit Recht, sollte es denn rechtlich unstatthaft sein, sich auch zur Einreichung der an und für sich in gesetzlicher Form abgefaßten Schrift eines anderen Bevollmächtigten zu bedienen? Es hätte aus manchen Gründen angemessen erscheinen können, mit dem Wechsel der Instanz auch einen Wechsel der Rechtsanwalte eintreten zu lassen. Dann hätte aber den Rechtsanwalten zweiter Instanz wie den beim Ober-Tribunal angestellten in dritter Instanz, die Anfertigung der Schriftsätze ausschließlich anvertraut werden müssen. Da dies nicht geschehen, die Verordnung vom 21. Juli 1843 vielmehr beibehalten ist; da

ferner die Vorschrift stehen geblieben ist, daß die Parteien den Sachwalter erster Instanz mit der Empfangnahme des Erkenntnisses beauftragen können, (Verordnung vom 5. Mai 1838 Ges.-Samml. S. 273. §. 4.) so könnte es nur als eine leere aber für die Partei höchst gefährliche Förmlichkeit betrachtet werden, wenn man ihrem Mandatar erster Instanz in Folge seiner Vollmacht zwar ermächtigen wollte, gegen das ihm insinuirte Urtel die Appellation anzumelden und auch schriftlich zu rechtfertigen, nicht aber solche Schrift zur Erhaltung des angemeldeten Rechtsmittels auch beim Appellations-Gericht einzureichen. Eine solche Absicht läßt sich beim Gesetzgeber nicht voraussetzen.

Die Bestimmung des §. 17. und §. 21. a. a. O. knüpft den Verlust des Rechtsmittels, welches von der Partei oder ihrem Mandatar bereits angemeldet ist, aber auch nur an die Nichtbeobachtung der Form: nach welcher binnen der bestimmten Frist dem Gerichte höherer Instanz die schriftliche Einführung und Rechtfertigung, von einem Justiz-Commissar unterzeichnet, überreicht werden muß. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist weder die Mitunterschrift der Partei noch die Einreichung durch einen Rechts-Anwalt zweiter Instanz erfordert. Es kann daher auf jeden Fall nicht statthaft erscheinen, gegen diesen Wortlaut und über denselben hinaus, die Partei eines Rechtsmittels für verlustig bloß deshalb zu erachten, weil ihr Mandatar durch die Einreichung der für sie angefertigten Schrift in die Procuratur des Rechtsanwalts beim Appellations-Gericht eingegriffen habe.

Das Urtel des Ober-Tribunals vom 1. Februar 1855, (Archiv Bd. 16. S. 238.) worauf sich der Implorat zur Unterstützung der Ansicht des Appellations-Richters beruft,

hat diese Frage im Eingange ausdrücklich dahin gestellt sein lassen, da das Rechtsmittel auch aus einem anderen Grunde für gewahrt erachtet wurde. Dagegen hat das Ober-Tribunal in mehreren früheren Entscheidungen die vorstehend entwickelte Ansicht angenommen. (Rechtsfälle Band. 3. S. 133. 218. Archiv Bd. 2. S. 209.

III.

Präjudicien.

a) in Civil-Sachen.

№ 2668. Siehe S. 168. dieses Bandes.
№ 2669. Siehe S. 338. dieses Bandes.
№ 2670. Siehe S. 317. dieses Bandes.

b) des Senats für Strafsachen.

№ 206. 16. Juni 1856. Plenum. Zum Gesetz vom 3. Mai 1852. Art. 110.

Ein nicht verhafteter Verurtheilter, welcher binnen zehn Tagen nach Empfang der Ausfertigung des Urtels gegen dasselbe die Nichtigkeits-Beschwerde beim Gericht zu Protocoll nur angemeldet und dabei die Angabe der Beschwerdepunkte bis zu einer, über den Ablauf der zehn Tage hinausgehenden Zeit vorbehalten, oder um Bewilligung einer über diesen Ablauf hinausgehenden Frist zu dieser Angabe gebeten hat, ist, auch wenn er von dem auf-

nehmenden Beamten nicht sofort zu Protocoll über die Unzulässigkeit solchen Vorbehalts oder Gesuches bedeutet worden ist, nach Ablauf jener zehn Tage mit der Angabe seiner Beschwerdepunkte nicht mehr zu hören.

№ 207. 30. Juni 1856. Plenum. Zum Str. G. B. §. 247.

Zum Begriffe der Urkundenfälschung gehört es, daß die Handlung der Fälschung nach Absicht und Zweck gerade auf dasjenige Rechtsverhältniß von Einfluß sei, zu dessen Beweise die Schrift nach Maaßgabe des zweiten Absatzes des §. 247. des Str. G. B. von Erheblichkeit ist.

№ 208. 26. Juni 1856. Abthl. II. Zum Zollgesetze vom 23. Januar 1838 §. 3. und Zollstrafgesetze vom 23. Januar 1838 §. 1.

Die im §. 3. des Zollgesetzes vom 23. Januar 1838 vorbehaltene Anordnung von Ausfuhr-Verboten aus polizeilichen Rücksichten auf bestimmte Zeit kann mit der Wirkung, daß auf die Uebertretung eines solchen Verbots der §. 1. des Zollstrafgesetzes Anwendung findet, durch den Minister des Innern erfolgen.

№ 209. 30. Juni 1856. Plenum. Zum Gesetze über die Mahl- und Schlachtsteuer vom 30. Mai 1820 §§. 10. und 15.

Die Eingeweide — also auch Lebern und Lungen — von geschlachtetem Vieh sind bei der Einbringung in einen schlachtsteuerpflichtigen Bezirk der Schlachtsteuer nicht unterworfen.

№ 210. 17. September 1856. Abthl. I. Zur Verord-

nung vom 3. Januar 1849 §. 49. und zu dem Gesetze vom 3. Mai 1852 Art. 64. und Art. 108. in fine.

Wenn einem verhafteten Angeklagten nicht, wie §. 49. der Verordnung vom 3. Januar 1849 und Art. 64. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 verordnet, vor dem Termine zur Verhandlung der Sache, die Anklageschrift nebst dem Beschlusse vorgelesen worden ist, so ist darin gemäß des Schlußsatzes des Art. 108. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 die Verletzung eines wesentlichen Grundsatzes des Verfahrens zu finden, welche, auch wenn sie vom Angeklagten bei der Verhandlung nicht ausdrücklich gerügt worden, dennoch die Vernichtung des ergangenen Erkenntnisses zur Folge haben muß.

Das unter Nr. 123. eingetragene Princip ad §. 78. der Verordnung vom 3. Januar 1849 steht dem obigen Beschlusse nicht entgegen.

№ 211. 29. September 1856. Plenum. Zum Str. G. B. §. 218. Nr. 5.

Es ist ein schwerer Diebstahl nach §. 218. Nr. 5. des Str. G. B. und nicht nur Unterschlagung, wenn Jemand Sachen, die ein Blödsinniger oder ein Kind unter 12 Jahren an und bei sich führt, sich von demselben schon in der Absicht, sich dieselben rechtswidrig zuzueignen, unter dem Vorwande, sie für ihn zu tragen oder zu halten, geben läßt und nun dieselben in solcher Absicht fortschafft.

№ 212. 2. October 1856. Abthl. II. Zum Gesetz vom 26. Mai 1852 §§. 1. und 2. und zum Präjudiz Nr. 196.

Stempel-Contraventionen bei Anweisungen aller

Art werden nicht mit dem vierfachen, sondern mit dem fünfundzwanzigfachen Betrage des zu wenig verwendeten Stempels bestraft.

№ 213. 25. September 1856. Abthl. II. Zum Gesetz vom 3. Mai 1852. Art. 18. und 19.

Wenn in den Fällen des Art. 18. alinea 2. und 19. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 die Oeffentlichkeit des Verfahrens in einer Strafsache ausgeschlossen wird, so muß dies bei Strafe der Richtigkeit des Erkenntnisses und des demselben vorhergegangenen Verfahrens durch einen, nach Anhörung des Angeklagten und des Staats-Anwalts erlassenen, in öffentlicher Sitzung des Gerichts verkündeten Beschluß geschehen.

№ 214. 2. Mai 1856. Abthl. I. Zum Str. G. B. §§. 125—128.

Zum Thatbestande des Meineides nach §§. 125. bis 128. des Str. G. B. ist es hinreichend, wenn der Eid nach der Eidesformel desjenigen religiösen Bekenntnisses abgeleistet ist, welches der Schwörende zum Zwecke der Eidesleistung ausdrücklich als das seinige angegeben hat. Die Behauptung, daß er in der That zur Zeit der Eidesleistung sich zu einer andern Religion bekannt habe, schließt die Anwendung der Strafe nicht aus.

№ 215. 11. September 1856. Abthl. II. Zur Feldpolizei-Ordnung vom 1. November 1847 §. 45.

Daß in den Fällen der §§. 41. bis 43. der Feldpolizei-Ordnung neuerer Fassung eine Wegnahme in gewinnsüchtiger Absicht stattgefunden hat, liegt noch

nicht in der Feststellung, daß die Wegnahme in der Absicht rechtswidriger Zueignung geschehen sei.

№ 216. 23. October 1856. Abthl. II. Zum Str. G. B. §§. 45. bis 48. und 339.

Im Laufe der gerichtlichen Untersuchung verjähren Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen auch dann, wenn nach der letzten Handlung des Richters oder der Staats-Anwaltschaft bei dieser die derselben mitgetheilten Acten während der Verjährungszeit beruhen bleiben, ohne daß sie oder der Richter eine fernere Handlung vornimmt.

Register.

I. Sachregister.

II. Verzeichniß der erläuterten oder zur Anwendung gebrachten Gesetze.

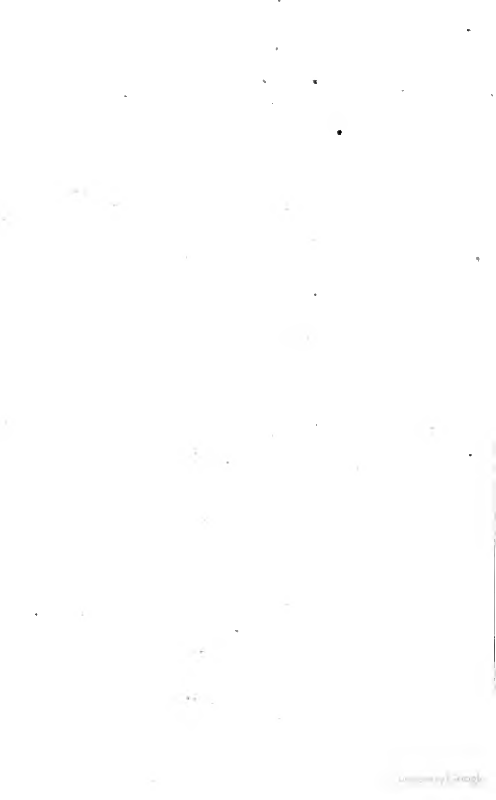
Allgemeines Landrecht.

Theil I.

Berichtigungen.

S. 19. Z. 10. v. u. ist das Wort d i e zu streichen.
" 24. " 8. v. u. l. N. N. statt W.
" 43. " 7. l. Niedermühle st. Windmühle.
" 74. ist hinter Nothwendigkeit ein , zu setzen.
" 106. " 5. v. u. l. bei seiner st. an seine.
" 130. " 16. l. §. 526. st. 626.
" 155. " 10. ist hinter m e h r das Wort w e i l einzuschalten.
" 169. " 4. l. entgangen e n.
" 186. " 7. l. Nr. 4. st. 14.
" 244. " 17. l. März st. Mai.
" 245. " 11. l. März st. Mai.
" 280. " 11. l. vor st. von.
" 369. " 15. l. Verklagter.
" 436. " 10. v. u. l. §. 7. st. 710.
" 472. " 11. v. u. l. Juli st. Juni.

Druck von C. A. S c h i e m e n z u. Co. in Berlin.



Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Bettwach, Decker und Heinsius.

Dritte Folge

Vierter Band.

Berlin,

Verlag von Carl Heymann.

1857.

Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Bettwach, Decker und Heinsius.

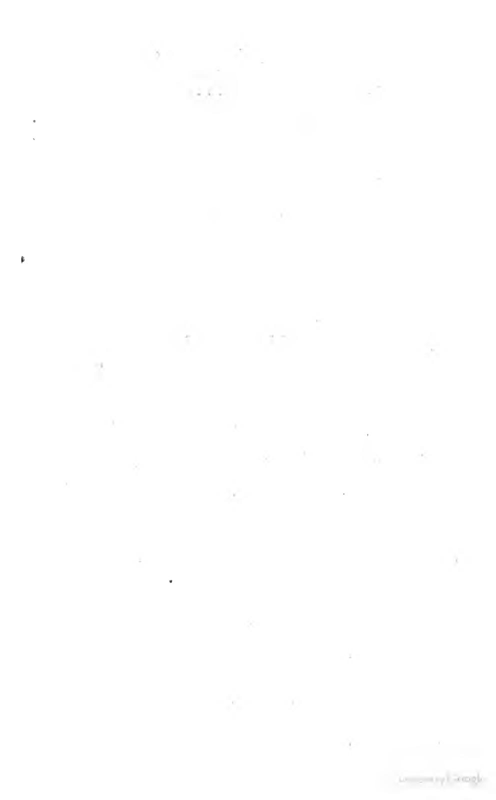
Vierunddreißigster Band.

(Dritte Folge: Vierter Band.)

Berlin,

Verlag von Carl Heymann.

1857.



Inhalts-Verzeichniß.

I. Plenar-Beschlüsse.

II. Senats-Entscheidungen.

1. Allgemeines Recht.

2. Provinzialrecht.

3. Formelles Recht.

4. Strafrecht.

a. Plenar-Entscheidungen.

b. Abtheilungs-Entscheidungen.

III. Präjudicien.

IV. Anhang . . . . . S. 475.

№ I.

Befreiung von Wege-, Fähr- und Brückengeld durch Verjährung.

Unter den Zollbefreiungen, welche nach §. 101. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. nur durch ausdrückliche Provinzialgesetze oder durch besondere Privilegien oder Verträge begründet werden können, sind nur Befreiungen von einem eigentlichen Zoll von Waaren und Sachen (§. 89.), nicht aber auch vom Wege-, Fähr- und Brückengeld zu verstehen. Präjudiz 2672.

A. L. R. Thl. II. Tit. 15. §. 101.

Der §. 101. Thl. II. Tit. 15. A. L. R., dahin lautend:

> Zollbefreiungen können nur durch ausdrückliche Provinzialgesetze oder durch besondere Privilegien oder Verträge begründet werden,

ist in einer früheren, bei dem ersten Senat des Ober-Tribunals unter dem 5. August 1848 ergangenen Entscheidung dahin ausgelegt und verstanden worden, daß diese Vorschrift sich nur auf den im §. 89. a. a. O. erwähnten „eigentlichen Zoll von Sachen und Waaren," nicht aber

auf Brücken-, Fähr- und Wegegeld beziehe, woraus dann weiter gefolgert ist, daß die Befreiung vom „Zoll- und Brückengeld" auch durch Verjährung rechtlich zulässig sei. Auf Grund dieser Entscheidung ist unter der Nr. 2036. ein Präjudiz dahin eingetragen worden:

> Unter den Zollbefreiungen, welche nach §. 101. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. nur durch ausdrückliche Provinzial-Gesetze oder durch besondere Privilegien oder Verträge begründet werden können, sind nur Befreiungen von einem eigentlichen Zoll von Waaren und Sachen (§. 89.), nicht aber auch vom Wege-, Fähr- und Brückengeld zu verstehen.

In einer neuerlich dem zweiten Senate des Ober-Tribunals zur Entscheidung vorgelegenen Sache handelt es sich ebenfalls um die Frage: ob die behauptete Befreiung vom Brückengelde durch Verjährung zulässig sei?

Der zweite Senat will aber diese Frage verneinen, weil der §. 101. a. a. O. nicht bloß auf den eigentlichen Zoll, sondern auch auf das Brückengeld anwendbar sei. Zur Rechtfertigung dieser Ansicht ist Gewicht darauf gelegt, daß die Wege- und Brückengelder im §. 88. im Allgemeinen den Zöllen beigezählt sind, daß ferner der im §. 101. gebrauchte Ausdruck „Zollbefreiungen" mit Rücksicht darauf, daß die Zollgerechtigkeit auch das Wege-, Brücken- und Fährgeld umfaßt, nicht gewählt sein würde, hätte man die darin gegebene Vorschrift auf den eigentlichen Zoll, auf die Zölle im engeren Sinne, beschränken wollen und daß endlich auch im §. 137. a. a. O., nachdem im §. 136. vom Rechte eines Zolles, Brücken- oder Wegegeldes die Rede ist, angeordnet worden, daß derjenige, welcher einer Uebertretung halber in Anspruch genommen wird, die Zollbefreiung auf den Grund eines besonderen oder auch eines

allgemeinen Privilegiums seiner Standesgenossen in Anspruch nehmen kann. Die Ansichten des ersten und die des zweiten Senats des Ober-Tribunals stehen sonach in Widerspruch, und es ist deshalb die zweifelhaft gewordene Rechtsfrage:

ob sich der §. 101. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. nur auf den eigentlichen Zoll von Waaren und Sachen (§. 89.) beziehe?

oder

ob unter den dort erwähnten Zollbefreiungen auch die Befreiung vom Wege-, Fähr- und Brückengeld zu verstehen sei?

zur Entscheidung des Plenums des Ober-Tribunals verwiesen.

Auch in der zur Berathung und zur Beschlußnahme hierüber angestandenen Sitzung des Ober-Tribunals hat jede dieser sich entgegenstehenden Ansichten ihre Vertheidiger gefunden.

Zur Rechtfertigung der neueren von dem zweiten Senat aufgestellten Ansicht ist folgendes ausgeführt:

Nach dem §. 88. Thl. I. Tit. 15. ist im A. L. R. die Zollgerechtigkeit so definirt, daß sie das Wege-, Brücken- und Fährgeld mit umfaßt und in dem folgenden §. 89. ist sodann „der eigentliche Zoll" von dem „Brücken-, Fähr- und Wegegeld" unterschieden, beides also direct als species der Zollgerechtigkeit anerkannt. Dies ist wohl getadelt worden, weil es der gemeinrechtlichen damals herrschenden Ansicht nicht gemäß sei, nach welcher vielmehr Brücken-, Fähr- und Wegegeld nicht zum Zoll-Regal gerechnet worden wären. Indessen unbezweifelt geschah die an und für sich deutliche Anordnung mit vollem Bewußtsein der Sache, wie dies daraus hervorgeht, daß ein Monitum des Präsidenten v. Tevenar, der bereits zum Entwurfe diesen angeblichen Mangel rügte, nicht berücksichtigt worden ist.

Der Tadel hat aber auch keinen Grund. Zwar suchten die Publicisten und gemeinrechtlichen Practiker das

Wege-, Brücken- und Fährgeld von dem Zoll-Regal abzusondern; dies geschah aber lediglich, um einen Grund zu finden, aus welchem die Gesetzlichkeit solcher nur von deutschen Reichsständen zu etablirenden Abgaben behauptet werden könne; an und für sich mußten sie zugeben, daß der Begriff Zoll, vectigal, auch auf dieselben anwendbar sei. Die Zollgerechtigkeit war in Deutschland ein kaiserliches Regal. — Pütter, Institutiones juris publici §. 338. — Die Zoll-Verleihungen der Kaiser hatten Deutschland zur größten Beschwerde des Verkehrs mit Zöllen bedeckt. Die beständigen Artikel (VIII.) der Wahlcapitulationen erkannten an:

> daß die Teutsche Nation und das heilige Römische Reich zum höchsten damit beschweret sei;

daher mußten sich die Kaiser und zwar seit 1711 gesetzlich verpflichten, keine neue Zölle zu Wasser oder zu Lande zu verleihen, oder die alten zu erhöhen, als mit einstimmiger Einwilligung der Churfürsten, und nach Anhörung der Nachbaren und des betreffenden Reichskreises. Die Einführung neuer Zölle und die Erhöhung der alten war ebenso in der Wahlcapitulation den Reichsständen untersagt mit der Clausul, daß, wenn sich Reichs-Unmittelbare und Mittelbare unterstanden haben, mit Abgaben unter verschiedenem Namen, worunter auch Brücken- und Wegegeld vorkommt, zu beschweren,

> solches alles aber in dem Effect und Nachfolg für nichts anderes als einen neuen Zoll, ja oftmals weit höher zu halten,

auch das ganz abgestellt werden sollte. Den Reichsgesetzen ist also die Subsumtion der fraglichen Abgabe unter das Zoll-Regal ganz gemäß. Man suchte aber einen Ausweg gegen diese Anordnung, welcher Nachdruck zu geben ohnehin dem Kaiser und Reich wohl nicht immer möglich gewesen wäre. Man urgirte das Wort „beschwert“ und

glaubte daraus schließen zu dürfen, daß Abgaben, welche nur zur Bestreitung der Kosten der Errichtung und Reparatur von öffentlichen Wegen und Brücken erhoben werden, dazu nicht gerechnet werden dürfen. Pütter a. a. O. §. 337. sagt:

Deinde pro sumtibus in exstructionem et reparationem viarum publicarum pontiumque impendendis, viaticum seu Pontaticum (Wege-Geld, Brücken-Geld) haud inique exigitur ab iis, qui commoditate ista viarum pontiumque utentur, modo reditus ex ista exactione haud excedant impensas in hanc rem necessarias, neque alia igitur, quam modica pro numero viatorum jumentorumve pecunia exigatur.

Kreitmayer, Anmerkungen ꝛc. Thl. 2. Cap. 8. §. 11. Nr. 14. sagt:

Weg-, Pflaster-, Brücken- und Ueberfuhr-Zoll differirt von obigen Zöllen und Mauten (vergl. Sachen) hauptsächlich circa finem, und darin, daß sie zur Unterhaltung und Bestreitung der hierzu erforderlichen Kosten gewidmet sind,

und beruft sich den Reichsgesetzen gegenüber auf die Praxis, welche solche Abgabe „mit Moderation angelegt" zulasse.

Die Terminologie des Allg. Landrechts ist also den Reichsgesetzen entsprechend. Jener Unterschied konnte in Preußen keine Bedeutung haben, und zwar weder in den nicht zum deutschen Reiche gehörigen Ländern, noch in den Reichsländern, letzteres nicht, weil den Churfürsten von Brandenburg die ausgedehnteste Zollgerechtigkeit zustand, mithin bei den landrechtlichen gesetzlichen Anordnungen über das Regal kein Anlaß vorhanden war, dasselbe nicht in seinem vollen Umfange, einschließlich der Brücken-, Fähr- und Wegegelder zu behaupten (vergl. Duesberg in Simon's Zeitschrift II. S. 83.)

Daß nun das Wort „Zoll" einer Seits das ganze Genus der zu dem Regale gehörigen Abgaben, anderer Seits eine gewisse Species, den Zoll von Sachen und Waaren, bezeichnet, macht allerdings eine Untersuchung nöthig, in welchem Sinne das Wort in einzelnen Bestimmungen des dritten Abschnitts des funfzehnten Titels angewendet worden. Es ist der früheren Entscheidung zuzugeben, daß in den §§. 90., 91., 93., 98., 99., 118., 123., 136., wenn neben einander

„Zoll-, Brücken- und Wege-Geld"

genannt werden, damit nur der eigentliche Zoll gemeint sein kann. Daraus aber, daß das Gesetzbuch die Abgaben objectiv so neben einander nennt, ist durchaus kein Schluß darauf zu ziehen, daß der engere Sinn des Wortes „Zoll" überall gemeint sei. Das ist schon um deswillen nicht anzunehmen, weil ja dann die generelle Bezeichnung im §. 88. ganz müßig gewesen sein würde. Es gebrauchen auch die Marginalien eben bei den angeführten Paragraphen z. B. bei §§. 117. 118., Pflichten des Zollberechtigten, bei §. 136. über streitige Zollrechte, das Wort nicht nur entschieden im weiteren Sinne, sondern der allegirte §. 118. sagt:

> Ebenso muß der Zollberechtigte dafür sorgen, daß diejenigen, welche sich zur Entrichtung des Zolles, Wege-, Fähr- oder Brückengeldes, melden, nicht ungebührlich aufgehalten, sondern prompt abgefertigt werden;

nennt also den Erheber des Brücken- und Wegegeldes einen Zollberechtigten. Der weitere Sinn muß — dies scheint in der Sache zu liegen — überall da als der richtige angenommen werden, wo nicht aus der gesetzlichen Bestimmung selbst hervorgeht, daß der engere Sinn gemeint sei, besonders aber bei dem hier fraglichen Worte „Zollbefreiung". Dies ist der Gegensatz der Zollgerechtig-

keit, es drückt die Befreiung vom Zoll=Regale aus. Mithin kann das Wort „Zoll" auch nur dieselbe Bedeutung haben, wie in Zollgerechtigkeit. Es würde unlogisch gewesen sein, sich des unbedingt schleppenden Ausdrucks: Zoll=, Wege=, Fähr= und Brückengeldes=Befreiungen zu bedienen. Für diese Ansicht spricht auch der §. 137. Nachdem im §. 136. angeordnet war, daß die Entscheidung vor das Landes=Justiz=Collegium gehöre, wenn demjenigen, „der das Recht eines Zolles, Brücken= oder Wegegeldes, behauptet", das Recht selbst bestritten werde, fährt §. 137. fort:

> Behauptet der, welcher einer Uebertretung halber in Anspruch genommen wird, eine Zollbefreiung auf den Grund eines besonderen, oder auch eines allgemeinen Privilegii seiner Standesgenossen, so muß die Sache gleichergestalt bei dem Landes=Justiz=Collegium der Provinz erörtert und entschieden werden.

Hier wird also das Wort Zollbefreiung entschieden in dem allgemeinen Sinne gebraucht, daß es auch jene Abgaben mit umfaßt. Dies ist als eine authentische Erläuterung des Sinnes eben dieses Worts im §. 101. mit dem Marginale „Zollbefreiungen" anzusehen.

Aber auch aus materiellen Gründen läßt sich der allgemeine Sinn als der richtige nachweisen. Die Anordnung §. 101:

> Zollbefreiungen können nur durch ausdrückliche Provinzial=Gesetze oder durch besondere Privilegien oder Verträge begründet werden,

geht augenscheinlich dahin, den übertriebenen Zollbefreiungen insbesondere durch Ausschließung der auf diesem Gebiete so mißlichen Verjährung ein Ziel zu setzen. Nach deutscher Art und Weise herrschte das Bestreben der Einzelnen, sich von der allgemeinen Abgabe loszumachen, vor, und konnte

einer ohnmächtigen Reichsgewalt gegenüber um so mehr mit Erfolg geltend gemacht werden, als ja auch in der Errichtung der zahlreichen Zölle so oft, nach dem Anerkenntnisse der Reichsgesetze, abusus gewaltet hatte. Durchgehends war die Ritterschaft frei unter gewissen Einschränkungen, außerdem wollten auch die Geistlichkeit, sogar Studenten, Doctores und Professores Zollfreiheit genießen.

In Brandenburg beruhete die Zollfreiheit der Stände unter bestimmten Beschränkungen auf vielen successiven Landtags-Recessen und Privilegien (vergl. die Erkenntnisse in Stengels Beiträgen Bd. 16. S. 323 ff.) Von dem Wege- und Brückengelde waren aber nach der gemeinen Meinung selbst diejenigen nicht frei, welchen sonst Zollbefreiung zustand.

Kreitmayer a. a. O. §. 14. welcher anführt, daß dies in der Zollbefreiung des baierschen Adels ausdrücklich reservirt sei;

Stryk usus modern. L. 39. Tit. 4. §. 11.

Die Befreiung vom Wege- und Brückengelde war also — mit Rücksicht auf den Zweck desselben — schon im gemeinen Rechte eine viel beschränktere, als die sonstigen Zollbefreiungen. Wie läßt sich daher denken, daß das Allg. Landrecht, wenn es Beschränkungen in der Erwerbungsart der Befreiung vom eigentlichen Zoll für angemessen hielt, diese Beschränkungen nicht auf eine species des Zoll-Regals hätte ausdehnen wollen, von der ihrer Natur und den bestehenden Gesetzen und Privilegien nach, viel schwieriger Befreiungen zugelassen wurden, als bei der anderen species? —

In dem Erkenntnisse des ersten Senats vom 5. August 1848 wird noch die Rücksicht geltend gemacht, daß es sich hier um eine besondere Ausnahme von einer allgemeinen Regel, handle. Allein diese Rücksicht kann mit eben so viel

Recht gegen denjenigen gewendet werden, der eine Befreiung von der allgemeinen Zollpflichtigkeit beansprucht, und gesetzlich keine Begünstigung genießen soll. Die Ausschließung der Verjährung bei der Zollbefreiung beruht auf demselben Principe, wie die Ausschließung der Verjährung als Erwerbungs-Mittel der Zollgerechtigkeit, welche in den §§. 90.—96. h. t. ausgesprochen ist. Die Materialien, von Duesberg a. a. O. S. 84.—87. mitgetheilt, ergeben, daß diese, in dem ersten Entwurfe nicht aufgenommene Ausschließung der Verjährung, eine Abweichung vom gemeinen Recht, von Carmer ausgegangen ist, und daß nach Suarez Bemerkung in der Revisio monitorum hierbei die Monita derjenigen, welche wenigstens bei den Brücken- und Wege-Geldern die Verjährung beibehalten wollten, beseitigt wurden. Nothwendig mußte aber die Absicht, das Staats-Regal möglichst unverschränkt aufrecht zu erhalten, auch zu der Beseitigung der Hindernisse, welche die Ausübung desselben beeinträchtigen, vermittelst desselben Mittels, der Ausschließung der Verjährung bei Erwerbung von „Zollbefreiungen" führen. Dies ist ein neuer Belag dafür, daß die Worte: „Zollgerechtigkeit" und „Zollbefreiung" vom Gesetzgeber als Correlate gebraucht worden sind, und daß der „Zoll" in dem einen ganz dasselbe bedeuten muß, wie in dem anderen.

Das Plenum hat jedoch die vorstehend entwickelte Ansicht nicht für gerechtfertigt erachtet; in der Sitzung vom 20. October 1856 ist vielmehr der in der Ueberschrift aufgestellte Grundsatz für den richtigen anerkannt worden.

Gründe.

Zu der Zeit, wo man zur Abfassung des Allgemeinen Landrechts schritt, wurde in dem deutschen Staatsrechte zwischen dem Zoll (vectigal) und dem Wege-, Brücken- und

Fährgelde schon deshalb strenge unterschieden, weil die Zollgerechtigkeit als ein kaiserliches Reservatrecht betrachtet wurde, den einzelnen Landesherrn das Recht, neue Zölle aufzuerlegen, oder die bestehenden zu vermehren, nicht zustand und dieses Recht selbst vom Kaiser nur unter gewissen Beschränkungen und unter Zustimmung der Churfürsten ausgeübt werden sollte, wogegen das Recht zur Erhebung von Wege-, Fähr- und Brückengeldern solchen Beschränkungen nicht unterworfen war.

Mascovius jus publicum Lib. V. cap. III. §. 4.
Pütter institutiones juris Publ. germ. §§. 325. 327. 328.
Häberlin, Handbuch des deutschen Staatsrechts Bd. 3. §. 337.

Abgesehen von dem Geleitgeld (conductus), welches für die Sicherheit der Reisenden und ihrer Waaren auf den Landstraßen gezahlt wurde, unterschied man das Wegegeld Brückengeld (viaticum, pontaticum) als diejenige Abgabe, welche zur Deckung der Anlage- und Unterhaltungskosten der Wege und Brücken bestimmt und danach bemessen, für die Passage von Personen, Zugvieh und Fuhrwerk zu entrichten war, von dem Zoll (vectigal), welcher für die Freiheit der Durchfuhr oder der Passage, nicht nur von Personen und dem Fuhrwerk, sondern auch und vorzüglich von den Waaren, nach deren Gewicht und Werth entrichtet werden mußte. Wenn gleich alle diese Nutzungsrechte als nutzbare Regalien betrachtet und als ein Ausfluß der Regalität in Betreff der öffentlichen Wege und Flüsse von den Schriftstellern jener Zeit zusammengestellt wurden, so verstand man doch unter Zoll keinesweges zugleich das Wege- und Brückengeld als darunter mitbegriffen, sondern man betrachtete beide als völlig verschiedene Abgaben; man verstand insbesondere unter den Zollbefreiungen oder Zoll-

immunitäten nur die Befreiungen vom eigentlichen Zoll, immunitas a vectigali.

Pütter, a. a. O. §. 330.

Häberlin, §§. 339. 340.

Fischers Cameral- und Polizeirecht §. 629.

Bei der Abfassung des Allgem. Landrechts stellte man an die Spitze des Abschnitts „von der Zollgerechtigkeit" den §. 88. Thl. II. Tit 15. A. L. R., welcher sagt:

Das Recht, von denjenigen, welche sich der Hafen, Ströme, Wege, Brücken und Fähren bedienen, eine gewisse bestimmte Abgabe zu fordern, wird die Zollgerechtigkeit genannt.

Man gab durch diese Bestimmung dem Begriffe der Zollgerechtigkeit einen weiteren Umfang, als bisher üblich war. Sie befand sich schon im ersten Entwurf, und v. Tevenar bemerkte dagegen:

Der Inhalt dieses Abschnitts erstreckt sich weiter, als die Ueberschrift. Es wird darin nicht bloß von der Zollgerechtigkeit, sondern in den §§..... auch von Brücken- und Wegegeld gehandelt. Beide Abgaben beruhen auf heterogenen Principien. Zölle sind eine Branche des Besteuerungs-Rechts, weshalb sie dabei vorzutragen. Brücken- und Wegegeld wird für die Unterhaltung der Brücken und Wege bezahlt, weshalb von letzteren erst zu Ende dieses Abschnitts oder in einem besonderen Abschnitt zu handeln.

Materialien zum A. L. R. Bd. XIX. f. 148. V.

Man behielt aber dieses System bei, was anscheinend deshalb geschah, weil man diese Nutzungsrechte der im Staatseigenthum befindlichen Land- und Heerstraßen, sowie der von Natur schiffbaren Ströme, der Meeresufer und der Häfen, nach wie vor, den niederen Regalien beizählte —

(A. L. R. Tit. 14. §§. 21. und 24.) — nd man es hiernach angemessen fand, dieselben unmittelbar nach den Bestimmungen des ersten und zweiten Abschnitts des funfzehnten Titels, Thl. II. von Land- und Heerstraßen, sowie von Strömen, Häfen und Meeresufern, als einen Ausfluß der Regalität beider, in dem dritten Abschnitt desselben Titels abzuhandeln. Diese bloß systematische Anordnung hat nun aber zu der Ansicht Veranlassung gegeben, als habe dadurch der bisherige Zoll und das bisherige Wege- und Brückengeld unter dem Gattungsbegriff des Zolls in der Weise gebracht werden sollen, daß, wo vom Zoll schlechthin die Rede ist, darunter von selbst auch die Wege-, Brückengelder und andere Communications-Abgaben mit verstanden werden müßten. Nur dieser Voraussetzung dürfte es zuzuschreiben sein, daß der Revisor bei der Umarbeitung dieses Abschnitts, für den — nach der Abschaffung aller Binnen-Zölle durch das Gesetz vom 26. Mai 1818 (Ges.-Samml. S. 65.) und wegen der Zubehörigkeit der Grenzzölle zu den indirecten Steuern — nur noch die als Regalien bestehend gebliebenen Wege-, Brückengelder und andere Communications-Abgaben einen Gegenstand liefern konnten, ohne weitere Begründung, nicht allein den §. 101., sondern auch selbst den §. 104. dieses Titels auf die Communications-Abgaben für anwendbar erachtet hat.

Gesetz-Revision Pensum XII. S. 237. 243.

Duesberg, System der Regalien in Simon und v. Strampff Zeitschrift Band 2. S. 83.

Dieselbe Voraussetzung bildet gegenwärtig zugleich den wesentlichsten Grund für die neuere von dem zweiten Senate aufgestellte Ansicht. Diese Annahme läßt sich indessen aus der ausgedehnten Begriffsbestimmung der Zollgerechtigkeit im §§ 88. schon an und für sich nicht herleiten. Ihr

steht aber auch entgegen, daß unmittelbar nach jener Begriffsbestimmung der Zollgerechtigkeit, die Definition des eigentlichen Zolls ganz in Uebereinstimmung mit dem damaligen juristischen Sprachgebrauch, im §. 89. also folgt:

Der eigentliche Zoll wird von Sachen und Waaren, Brücken-, Fähr- und Wegegeld aber nur von den Personen, dem Vieh und den Fuhrwerken, welche die Brücke, die Fähre, oder den Weg passiren, entrichtet.

Hätte der Gesetzgeber unter Zoll, als dem Gattungsbegriff alle Gegenstände der Zollgerechtigkeit im Sinne des §. 88. a. a. O. begreifen wollen, und nicht bloß den eigentlichen Zoll im Sinne des §. 89., so hätte es dieser besonderen Miterwähnung der Wege- und Brückengelder neben dem Zoll gar nicht erst bedurft, um jene Vorschriften auf sie ebenfalls für anwendbar zu erklären. Dies findet seine Bestätigung auch darin, daß, wenn man die Bestimmungen über die Zollgerechtigkeit durchgeht, man sich überzeugen muß, daß nicht bloß im §. 89., sondern auch in allen folgenden Paragraphen, zwischen dem von Waaren und anderen Sachen zu entrichtenden eigentlichen Zoll, und dem Brücken-, Fähr- und Wegegeld unterschieden ist. So in den §§. 90. 91. und 92., worin von der Befugniß zur Erhebung des Zolls, Brücken-, und Wegegeldes gehandelt wird, ebenso in den §§. 98. bis 100., ferner in den §§. 110 ff. von den Pflichten der Reisenden, den Zoll nicht zu verfahren. Hier wird zuerst von den eigentlichen Zöllen gehandelt, wie aus den Worten: „zollbaare Waaren führt" erhellt; sodann in den §§. 113. und 114. von dem Wege- und Brückengelde und erst in dem §. 116. erfolgt eine allgemeine Bestimmung unter der Benennung: „Zoll."

Ebenso verhält es sich bei Zolldefraudationen. Der §. 120. handelt nach den Worten: „zollbaren Waaren" von

eigentlichem Zoll, und dann erst ist in dem §. 123. vom Wege-, Fähr- und Brückenzoll die Rede. In gleicher Art verhält es sich mit dem §. 138.

Hiernach kann nicht angenommen werden, daß da, wo nur von Zoll die Rede ist, auch das Wege- und Brückengeld gemeint sei, es müssen vielmehr die einzelnen in dem Gesetze näher bestimmten Fälle unterschieden werden. So kann es beispielsweise keinem Zweifel unterliegen, daß der §. 117. ganz allgemein ist, eben sowohl den eigentlichen Zoll, als nicht minder das Wege- und Brückengeld umfaßt; es erhellt dies deutlich aus den folgenden Paragraphen. Dagegen spricht der §. 124. offenbar von dem eigentlichen Zoll, wie eben so wohl aus der in Bezug genommenen Strafe der Confiscation (A. L. R. Thl. II. Tit. 20. §. 274.), als nicht minder aus dem Gegensatz des §. 129. sich ergiebt. Dagegen sind der §. 107. und die §§. 130 ff. wieder ganz allgemein zu verstehen. Aus dem im §. 101. gebrauchten Worte „Zollbefreiungen“ läßt sich daher für sich allein weder ein Schluß ziehen, daß der Zoll hier in der weiteren Bedeutung des Wortes gebraucht sei, noch das Gegentheil; daß aber in dem §. 101. unter Zollbefreiung nur die Befreiung von dem eigentlichen Zoll, dem Zoll von Waaren und Sachen, zu verstehen sei, dafür spricht auch, daß im §. 102. ausdrücklich von Befreiung zum Besten des Handels die Rede ist, und daß die Bestimmung im §. 106. über die Wirksamkeit der sogenannten Freipässe sich augenscheinlich nur auf den Waarenzoll bezieht. Insbesondere sprechen dafür auch die Materialien über die Entstehung des §. 101.

Diese geben nämlich über die Entstehung des §. 101. folgenden, wenngleich in mancher Beziehung — namentlich in Hinsicht auf die Motive dieser Bestimmung — mangel-

haften Aufschluß. Im ersten geschriebenen Entwurf war gesagt worden:

§. 146. Die Befreiung von Zöllen wird niemals vermuthet sondern muß von dem, welcher sich derselben anmaaßt, nachgewiesen werden.

§. 147. Gutsbesitzer, welche die Producte ihrer Güter zu ihrer eigenen Consumtion an den Ort ihres Aufenthaltsorts kommen lassen, sind der Regel nach zwar von Zöllen, nicht von Brücken- und Wegegeldern frei.

§. 148. Welchen Personen oder Sachen in jeder Provinz oder an jedem Orte eine Zollbefreiung gesetzlich zukomme, ist in den Provinzial- und statutarischen Rechten bestimmt.

Im umgearbeiteten Entwurf (Materialien Bd. XIX. Fol. 195v.) wollte Suarez den gedachten §. 147. wörtlich beibehalten und dann also fortfahren:

Andere Zollbefreiungen können nur durch ausdrückliche Provinzial-Gesetze und durch besondere Privilegien oder Verträge begründet werden.

Der §. 147. wurde aber, wie sich aus einer Bemerkung in der Revisio monitorum, in Folge eines Antrages auf dessen Wiederherstellung ergiebt, deshalb nicht aufgenommen, weil diese Zollbefreiungen nicht allgemein seien, sondern nur in der Churmark gälten, deshalb wurde dann auch in der folgenden Vorschrift das Wort „Andere" gestrichen. Es blieb daher die jetzige Bestimmung des §. 101. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. stehen, welche in derselben Fassung in den gedruckten Entwurf Thl. I. Abthl. III. Tit. 3. Abschn. 3. §. 54. überging. Ferner wurde auf ein Monitum ad §. 55., welcher von den allgemeinen Zollbefreiungen handelt, von Grolmann bemerkt:

Die Befreiung vom Zoll bewirkt noch nicht die Befreiung vom Wege-, Brückengeld und Fährgeld u. s. w.

Materialien Bd. 78. S. 292.

Hieraus ergiebt sich aber, daß man hier überall nur die Befreiung von Zöllen, nicht aber von Wege- und Brückengeldern vor Augen gehabt hat.

Eine Unterstützung findet diese Ansicht auch in der Vorschrift des §. 104., dahin lautend:

Alles, was zum eigenen Gebrauche des Staats oder des Landesherrn und seiner Hofhaltung transportirt wird, genießt in der Regel, wo nicht Provinzial-Gesetze und besondere Verfassungen ein Anderes mit sich bringen, die Befreiung auch von den Privatzöllen.

Denn auch diese Vorschrift findet ebenfalls nur auf den eigentlichen Zoll, nicht aber auf Brückengeld Anwendung, wie dies in mehreren Entscheidungen des Ober-Tribunals, namentlich in den Urteln vom 19. März 1834 und 1. Juli 1835, (Ulrichs und Sommers Neues Archiv, Bd. 3. S. 37. und 47.) und in dem Urtel vom 27. April 1846 (Entscheidungen Bd. 14. S. 338. Präjudiz 1746.) bereits genügend ausgeführt worden ist.

Für die entgegengesetzte Ansicht wird noch auf die §§. 136. u. 137. a. a. O. Bezug genommen, welche bestimmen:

§. 136. Wird demjenigen, der das Recht eines Zolles, Brücken- oder Wegegeldes behauptet, das Recht selbst bestritten, so gehört die Untersuchung und Entscheidung vor das Landes-Justiz-Collegium.

§. 137. Behauptet der, welcher einer Uebertretung halber in Anspruch genommen wird, eine Zollbefreiung auf den Grund eines besonderen oder eines allgemeinen Privilegii seiner Standesgenossen, so muß die Sache gleichergestalt bei dem Landes-

Justiz-Collegio der Provinz erörtert und entschieden werden.

Allerdings ist hier vom Zoll-, Wege- und Brückengeld die Rede, es wird aber nur von Zollbefreiung auf Grund eines Privilegiums gesprochen. Wie wenig dies aber von Bedeutung ist, erhellt daraus, daß nicht von Provinzial-Gesetzen oder Verträgen die Rede ist, wovon gleichwohl der §. 101. spricht. Der §. 137. will also nur bestimmen, daß bei Behauptung eines Privilegiums die Sache an das Landes-Justiz-Collegium zu bringen ist, ohne andere Erwerbungen auszuschließen und ohne den §. 101. zu interpretiren.

Bei der vorstehenden Erörterung ist davon ausgegangen worden, daß der §. 101. a. a. O. wenigstens bei Befreiungen von eigentlichen Zöllen die Verjährung als Erwerbungsmittel solcher Befreiung ausgeschlossen habe, wenn gleich darin der Verjährung ausdrücklich nicht gedacht worden ist. Wäre eine solche Ausschließung der Verjährung darin überhaupt nicht zu finden, so würde sich die ganze Plenar-Frage, wobei es sich wesentlich um die Verjährbarkeit der Befreiung von der einen oder der anderen Abgabe handelt, von selbst erledigen. Bei der bestimmten Fassung des §. 101., wonach die Zollbefreiungen nur durch ausdrückliche Provinzial-Gesetze, oder durch besondere Privilegia oder Verträge begründet werden können, muß aber nothwendig angenommen werden, daß dadurch auch die Verjährung auszuschließen ist, obwohl der §. 35. Thl. II. Tit. 14. A. L. R. die Verjährung der Regalien im Allgemeinen, wie jede Verjährung gegen den Fiscus gestattet, wegen der Befreiung durch Verjährung von den aus dem Besteuerungsrechte fließenden öffentlichen Abgaben sogar in den §§. 4. und 5. ebendaselbst ausdrücklich auf die Vorschriften Thl. I. Tit. 9. §§. 656—659. verwiesen und im §. 6. a.

a. O. die auf solche Art stillschweigend erlangte Befreiung, durch Verweisung auf die §§. 54—58. und 62—72. der Einleitung zum A. L. R., gerade einem Privilegium gleichgestellt wird, und obwohl ferner die in den §§. 656—659. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. angeordnete, an die Stelle der gemeinrechtlichen Immemorial-Verjährung getretene, qualificirte Verjährung nur auf Abgaben an den Staat zu beziehen ist. (Plenar-Beschluß vom 20. März 1846, Entscheidungen Bd. 13. S. 42.)

Forscht man aber nach den inneren Gründen, welche den Gesetzgeber veranlaßt haben mögen, die Verjährung als Erwerb einer Zollbefreiung im §. 101. a. a. O. unbedingt auszuschließen, oder vielleicht als etwas an sich Undenkbares zu betrachten, so wird nichts Auffallendes darin gefunden werden können, daß man den Erwerb der Befreiung vom eigentlichen Zoll, d. h. von der Abgabe von Sachen und Waaren, durch Verjährung, als unbedingt unstatthaft ansah, indem diese Abgabe in Wahrheit die Natur einer indirecten Steuer hat, so daß hier die Waare selbst mit einer Abgabe belegt ist, nicht aber die Person oder ein Grundstück, welche die Befreiung von der Abgabe durch Verjährung erwerben könnten. Findet doch jetzt nach §. 23. des Zollgesetzes vom 23. Januar 1838 (Ges. Samml. S. 33.) eine Befreiung von den durch dieses Gesetz bestimmten Abgaben, worunter allerdings nur die Grenzzölle des Staats begriffen sind, (§§. 4—6., 19. und 21. daselbst) überhaupt nicht statt.

Dagegen ist kein Grund dafür aufzufinden, weshalb die erwerbende Verjährung der Befreiung von dem Brückten-, Fähr- und Wegegelde, also von einer Abgabe, welche lediglich für die Passage oder den Gebrauch dieser Communications-Anstalten, zu entrichten ist, völlig und unbedingt

auszuschließen gewesen wäre, weshalb es namentlich in Fällen der vorliegenden Art einem Gutsbesitzer, der sich von seinem Gute aus mit seinem Fuhrwerk seit unvordenklicher Zeit und mindestens während der Verjährungsfrist der Brücke eines Privatmannes oder einer Corporation stets bedient hat, ohne dafür eine Abgabe überhaupt, beziehungsweise auch dann entrichtet zu haben, nachdem und obwohl solche von ihm gefordert worden, nicht gestattet sein sollte, sich, statt des vielleicht ursprünglich vorhanden gewesenen aber nicht erweislichen Titels für die abgabenfreie Passage, auf die erwerbende Verjährung, welche doch sonst den Titel ersetzt, zur Begründung seines Rechts auf den abgabenfreien Gebrauch der Brücke für das Fuhrwerk seines Guts zu berufen. Den Gründen, welche aber aus der Fassung des ganzen Abschnitts, aus dem juristischen Sprachgebrauch der damaligen Zeit und aus der Entstehungsgeschichte des §. 101. a. a. O. hergeleitet und dafür geltend gemacht worden sind, daß der §. 101. a. a. O. nur auf die Befreiungen vom eigentlichen Zoll zu beziehen sei, dürfte also auch noch dieser innere Grund gegen die weitere Ausdehnung dieser gesetzlichen Beschränkung hinzutreten.

№ II.

Unabhängigkeit des Civil-Processes vom Erkenntnisse im Strafverfahren.

Nach Preußischem Rechte ist die Entscheidung des Strafrichters über eine zur Untersuchung gekommene strafbare Handlung, für den Civil-Richter,

welcher über einen Entschädigungs-Anspruch zu entscheiden hat, in seiner Beurtheilung der Beweisfrage hinsichtlich der zur Begründung dieses Anspruchs dienenden Thatsachen, in soweit nicht maaßgebend, als besondere gesetzliche Bestimmungen nicht das Gegentheil rechtfertigen. Präj. 2676.

Strafgesetz-Buch vom 14. April 1851 §. 6.

Der Einfluß einer Entscheidung des Strafrichters, betreffend die Verurtheilung zur Strafe oder die Freisprechung von derselben in Ansehung einer Handlung, aus welcher auch Privat-Ansprüche im Civil-Processe verfolgt werden, auf dieses Proceß-Verfahren, und die Entscheidung des Civil-Richters, ist in Erkenntnissen des Ober-Tribunals verschieden beurtheilt worden. Es ist nämlich:

I. auf Grund des Erkenntnisses des dritten Senats vom 11. September 1846 (Entscheidungen Bd. 13. S. 134.) das Präjudiz Nr. 1784. eingetragen:

Die von Seiten des Strafrichters erfolgte Freisprechung von der Anschuldigung unerlaubten Nachdrucks, oder: unerlaubter Vervielfältigung, wenn sie deshalb erfolgt ist, weil der objective Thatbestand des Verbrechens nicht feststeht, befreit den Angeschuldigten auch von dem Entschädigungs-Anspruche, und der Civil-Richter ist nicht befugt, die vorgedachte, als rechtskräftig entschieden zu betrachtende Frage zur Beurtheilung vor sein Forum zu ziehen.

In Ansehung der Thäterschaft ist, wegen Verschiedenheit der Beweismittel und deren Wirkungen, die Entschädigungs-Forderung im Civil-Processe von dem Ausfalle der Untersuchung aber nicht abhängig gemacht; wogegen das Erkenntniß des ersten Senats vom 5. April 1854 (mitge-

theilt in Striethorst's Archiv Bd. 13. S. 51.) nur den Gegenbeweis in Ansehung der Thäterschaft im Civil-Processe für nicht unzulässig achtet. Das Erkenntniß des ersten Senats vom 9. November 1853 (Entscheidungen Bd. 27. S. 231.) ferner führt in Bezug auf die durch ein Schwurgerichts-Erkenntniß erfolgte Bestrafung vorsätzlicher Brandstiftung die Ansicht aus: den objectiven und den subjectiven Thatbestand eines Verbrechens festzustellen, sei Sache des Criminal-Richters. Diese Feststellung gewähre auch dem Civil-Richter die Grundlage seiner Entscheidung, wenn aus dem Verbrechen civilrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden. Unter Umständen erscheine es jedoch zulässig, bei einer im Criminal-Processe erfolgten Freisprechung, dem Beschädiger im Civil-Processe, nach der für selbigen geltenden Beweis-Theorie, die Verübung der beschädigenden Handlung dennoch nachzuweisen.

Das Erkenntniß des ersten Senats vom 11. November 1853 (mitgetheilt in Striethorst's Archiv Bd. 10. S. 290.), betreffend die Entschädigung aus einem durch ein Criminal-Erkenntniß bestraften Betruge, geht davon aus: daß die Feststellung des Thatbestandes einer strafbaren Handlung gesetzlich zum Ressort des Criminal-Richters gehöre, und, wenn dort im gesetzmäßigen Wege das wirkliche Vorhandensein eines bestimmten Vergehens festgestellt worden, der Damnificat auch befugt sei, auf den Grund dieser Feststellung die Entschädigungs-Klage anzustellen. Der §. 6. des Strafgesetz-Buchs vom 14. April 1851 habe nur die Bedeutung, daß zur Forderung von Schadensersatz nicht eine vorangegangene Bestrafung des Verbrechens erforderlich sei, keinesweges aber die, daß der Civil-Richter auf das Criminal-Urtel keine Rücksicht zu nehmen habe. Es würde auch widersprechend sein, wenn das Gesetz einem Beweise

auf der einen Seite die Wirkung beilegen wollte, daß auf Grund desselben ein Angeklagter seiner wichtigsten Rechte, Freiheit und Ehre, verlustig erklärt werden könne, und doch auf der anderen Seite einem solchen hier für vollständig angenommenen Beweise nicht einmal so viel Gewicht zubilligte, um darauf eine Entschädigungs-Klage gründen zu können. Die Verschiedenheit der Beweis-Theorie im Criminal- und Civil-Verfahren erscheine dabei gleichgültig. Es genüge, daß die Wirklichkeit des Vergehens auf die vom Gesetze erforderte Art festgestellt worden, und die daraus hervorgegangene juristische Gewißheit von dem Vorhandensein der That müsse allgemeine Anerkennung so lange finden, als nicht ein vollständig genügender Grund für das Gegentheil erhelle.

Die Erkenntnisse des dritten Senats vom 4. October 1854 in Sachen G. wider R., und des ersten Senats vom 20. December 1854 (Entscheidungen Band 29. S. 339.) schließen sich diesen Ansichten ebenfalls an.

Dagegen ist:

II. namentlich in den Erkenntnissen des fünften Senats vom 27. Februar 1854 (mitgetheilt in Striethorst's Archiv Bd. 16. S. 261.), des ersten Senats vom 21. Mai 1855 (a. a. O. Bd. 18. S. 9.), vom 23. Mai 1856 und vorzugsweise im Erkenntnisse desselben Senats vom 7. Mai 1856 (Entscheidungen Band 33. S. 175.) die entgegengesetzte Meinung angenommen. Sie wird dahin ausgeführt:

Zu den nach §. 1. Einleitung zur Allgem. Ger. Ordn. der Entscheidung des Civil-Richters unterliegenden Gegenständen gehöre unzweifelhaft die Entschädigungs-Forderung aus einem verübten Verbrechen und der Civil-Richter habe bei Geltendmachung derselben deren Fundament zu untersuchen und festzustellen, ohne erst die

Entscheidung des Criminal-Richters abwarten zu dürfen. Die im §. 6. des Strafgesetz-Buches vom 14. April 1851 verordnete Unabhängigkeit des Civil-Anspruchs von der Bestrafung des Beschädigers erweise sich zwar darin, daß jener erhoben werden könne, bevor es zu einem Straf-verfahren gekommen, so wie dann, wenn ein solches gar nicht stattgefunden. Sie müsse sich aber auch zeigen, wenn eine Verfolgung der beschädigenden Handlung im Wege des Strafprocesses vorhergegangen, möge nun ein verurtheilendes oder ein freisprechendes Erkenntniß ergangen sein. Diese Unabhängigkeit würde gar nicht zum Vorhandensein gelangen, wäre es nicht gestattet, im Civil-Processe die Thäterschaft des wegen Schadens-Ersatzes Verklagten einer neuen Verhandlung zu unterwerfen und, nach Unterschied der Fälle, entweder, dieselbe besser, als im Strafverfahren gelungen war, festzustellen, oder, die Unschuld des vom Criminal-Richter für überführt erachteten Verklagten durch die im Civil-Processe zulässigen, weiter reichenden, Beweismittel, wenigstens zur Abwendung der Entschädigungs-Pflicht darzuthun. Unmöglich könne der §. 6. a. a. O. gerade nur so ausgelegt werden, wie es dem Angeschuldigten am Nachtheiligsten.

Die Unabhängigkeit der verschiedenen Rechtswege sei übrigens auch schon durch die Vorschriften im §. 392. der Criminal-Ordnung und §. 73. Thl. I. Tit. 35. Allgem. Ger. Ordn. anerkannt, und wenn dieser Grundsatz schon zu einer Zeit gegolten, wo auch dem Strafrichter positive Beweisregeln gegeben gewesen, so müsse er jetzt um so mehr zur Anwendung kommen, wo solche Regeln für den Strafproceß aufgehoben, für den Civil-Richter aber bindend geblieben seien. Dieser dürfe sich davon nicht lossagen, und da die Proceß-Ordnung nir-

gends vorschreibe, daß ein Straferkenntniß für einen Civil-Anspruch ohne Weiteres beweisend sei, so könne demselben auch eine solche Beweiskraft nicht beigelegt werden. Daraus aber folge nicht, daß es gar keine Beachtung verdiene; im Gegentheil werde auch der Civilrichter auf den ganzen Inhalt der Untersuchungs-Acten gebührende Rücksicht nehmen und derselbe ihm in vielen Fällen, vielleicht in den meisten, ebenfalls genügenden Beweis liefern, wenn, nach Vorlegung der dort erhobenen Beweismittel an die Partei, nichts Erhebliches dawider vorgebracht werde. Der Grundsatz: ne bis in idem, könne zur Widerlegung nicht angeführt werden, da er nur für die Strafe gelte, das Gesetz aber einen besonderen Proceß über den Entschädigungs-Anspruch gestatte und letzteren unabhängig von der Bestrafung erkläre. Einen Uebelstand könne man wohl darin finden, daß hiernach richterliche Urtheile ergehen können, die in ihren letzten Erfolgen theilweise sich widersprechen. Dagegen aber müsse zur Erwägung kommen, daß bei den nicht übereinstimmenden Zwecken und bei den verschiedenen Mitteln zum Zwecke, welche der Strafproceß und der Civilproceß verfolgen, beziehungsweise anwenden, es dem materiellen Rechte am Meisten förderlich erscheine, wenn beide Wege von einander getrennt bleiben und das für jeden derselben zulässige eigenthümliche Verfahren unbeschränkt und bis zur vollständigen Erschöpfung aller gesetzlichen Hülfen zur Anwendung gebracht werden dürfe.

In einem bei dem vierten Senate zur Verhandlung gelangten Processe ist es wiederum auf die Frage angekommen: ob der Civil-Richter an die Feststellungen des Straf-Richters gebunden sei? Der vierte Senat aber ist ebenfalls zu der Ansicht gelangt: „daß der Civil-Richter, vor welchem

eine Entschädigungs-Forderung aus einer angeblich verübten strafbaren Handlung geltend gemacht wird, den Klagegrund ohne an die vorher ergangene Entscheidung des Strafrichters gebunden zu sein, selbstständig zu prüfen und zu beurtheilen, dabei aber die in den Untersuchungs-Akten niedergelegten Auslassungen des Beschuldigten und die etwa sonst darin enthaltenen Beweismittel nach ihrer Beweiskraft zu würdigen habe." Da nun diese Ansicht mit den zu I. gedachten Entscheidungen im Widerspruche sich befindet, so ist der Conflict an das Plenum des Ober-Tribunals gebracht und in dessen Sitzung vom 15. December 1856 durch Annahme des in der Ueberschrift enthaltenen Rechtssatzes entschieden worden.

Gründe.

Im römischen Rechte ist in der l. unica C. quando civilis actio (IX. 31.) die Unabhängigkeit der Civil- und der Criminal-Klage aus einer und derselben Thatsache, ausdrücklich anerkannt. Das canonische Recht enthält zwar keine bestimmte Vorschrift über den Einfluß des Criminal-Urtels auf den Civil-Punkt. Aber diejenigen Juristen, welche, auch außerhalb der Anwendung des Adhäsions-Processes, die bindende Kraft des Criminal-Urtels für den Civil-Proceß behaupten, stützen sich auf den Einfluß des canonischen Rechts durch die Einführung des Untersuchungs-Verfahrens eben so, wie auf die Ansichten der älteren italienischen und Reichs-Kammergerichts-Practiker und den Geist der Carolina in mehreren Stellen, welche jedoch keinesweges entscheidend sind. Die Abhandlung von Zimmermann, in der Zeitschrift für Civil-Recht und Proceß von Linde, Marezoll und v. Schröter, neue Folge Bd. 11. S. 55., hat zusammengestellt, was die Doctrin für diese Ansicht geltend gemacht. Dagegen ist in der Abhand-

lung von Schäffer, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 37. S. 1., nachgewiesen, daß die überwiegend große Mehrheit der gemeinrechtlichen Criminalisten und Proceßualisten das Gegentheil als gemeinrechtlichen Grundsatz anerkennt. So sagt Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung III. 1. S. 40.:

> Auch kann der zur öffentlichen Strafe Verurtheilte, wenn in der Folge besonders civiliter geklagt und die That ganz oder zum Theil von ihm geläugnet wird, auf gehörige Beweisführung dringen und der Kläger diese mit dem Vorwande, daß in der Criminal-Sache schon Alles erwiesen sei, nicht geradezu ablehnen, wenn es ihm gleich unbenommen bleibt, sich der Beweisthümer, die die Criminal-Acten enthalten, zum Zweck des ihm obliegenden Beweises zu bedienen, wogegen aber der Verklagte mit allen Einreden, die er noch dagegen zu haben glaubt, vollständig angehört werden muß.

Mittermaier, das deutsche Strafverfahren, Bd. 1. §. 10., läßt sich dahin aus:

> Eben so wenig tritt Rechtskraft des Strafurtels für den nachfolgenden, wegen der nämlichen Thatsache angestellten Civil-Streit ein, wenn der Angeklagte als schuldig verurtheilt wurde, weil auch hier der Mangel der Bedingungen der Rechtskraft vorhanden ist. Dies hindert nicht, daß die in dem Strafverfahren vorkommenden Beweise der Thatsachen, die für das nachfolgende Civil-Verfahren wichtig werden, von dem Civil-Kläger benutzt werden können.

In den Gesetzgebungen einiger deutschen Länder ist die streitige Frage, wie in Oesterreich, durch Einführung des Adhäsions-Processes, also durch Cumulation des Criminal-

und Civil-Verfahrens, und durch neue specielle gesetzliche Vorschriften, wie in Baden, Hannover und Sachsen, erledigt.

Im Gebiete des französischen Rechts hat die Meinung von dem unbedingten Einflusse des Straf-Urtels auf die Civil-Sache die Mehrheit der Stimmen für sich. Sie stützt sich besonders auf den Art. 3. des Code d'instruction criminelle, wo es heißt:

> L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges, que l'action publique. Elle peut aussi l'être séparément, dans se cas l'exercice en est suspendu, tant qu'il na pas été prononcé definitivement sur l'action publique intenteé avant ou pendant la poursuite de l'action civile.

Diese Bestimmung soll keinen anderen Sinn haben können als den: daß der Civil-Richter an die Entscheidung des Straf-Richters gebunden sein solle, was auch durch den allgemeinen Rechtsgrundsatz ausgedrückt werde: le criminel tient le civil en état, oder: le criminel emporte le civil. Wäre die Entscheidung des Straf-Richters für den Civil-Richter nicht bindend, so wäre es doch ganz gleichgültig, ob der Letztere vor oder nach dem Endurtel des Straf-Richters über die Entschädigungs-Klage erkennen würde und jene gesetzliche Bestimmung würde daher ganz zwecklos sein.

Es bedarf indessen für den gegenwärtigen Zweck keines Eingehens auf die weiteren Ausführungen dieser Meinung und auf die keineswegs unbedeutenden Gründe ihrer Gegner.

Vergl. Gerichtssaal von Jagemann, Jahrgang IV. Bd. II. S. 509.—517. 520.—525., und Archiv für Civil- und Criminal-Recht der preußischen Rheinprovinzen Bd. 9. S. 41., Bd. 13. S. 73., Bd. 20. S. 188., Bd. 38. S. 38.

Denn abgesehen davon, daß der Art. 3. a. a. O. in Ansehung der preußischen Rheinprovinzen durch den §. 6. des Strafgesetz-Buchs vom 14. April 1851 eine Begrenzung erhalten hat, (vergl. Goltdammer, Materialien I. S. 76.) so ist überhaupt eine mit jenem Art. 3. übereinkommende Vorschrift für andere preußische Landestheile bis jetzt nicht gegeben worden und von dem Rechte dieser Letzteren ist hier die Frage. Es kann daher hier nicht ankommen auf die Anschauungen, welche bei Anwendung des französischen Rechts hervorgetreten sind, eben so wenig als auf die Special-Gesetze anderer deutschen Länder; ferner können auch das gemeine Recht und dessen Praxis und die Forschungen und Ergebnisse der Doctrin und deren allgemeine Gründe für und wider nicht maaßgebend sein für die Beantwortung der vorliegenden Frage, weil solche in den preußischen Gesetzen gefunden werden muß.

Die Criminal-Ordnung erklärt im §. 6. als einen Hauptzweck der Untersuchung: daß demjenigen, der durch ein Verbrechen beschädigt worden, zum Ersatze seines Schadens verholfen werden soll, — und giebt in den §§. 68. 69. 132. 135. 282. und 416. mehrere Vorschriften, welche sich theils direct, theils indirect auf die Erörterung und Sicherung der Entschädigung beziehen. Auch §. 178. Tit. 2. der Proceß-Ordnung bestimmt:

So weit die Schadloshaltung des Beschädigten mit der Untersuchung des Verbrechens zugleich erörtert werden kann, gehören beide vor das competente Criminal-Gericht Wenn aber die Entschädigung durch eine besondere Klage gesucht wird, so muß diese in dem ordentlichen persönlichen Gerichtsstande des Beschädigers angestellt werden.

Will man in diesen Vorschriften etwas Anderes finden, als die Anweisung und Ermächtigung für den Criminal-Richter,

auch die Entschädigung des Damnificaten, so weit dies ohne Proceß und Urtel möglich, herbeizuführen, z. B. die Herbeischaffung und Rückgabe der entwendeten Gegenstände, — so mußten diese Bestimmungen ohne practischen Erfolg bleiben. Denn die beschädigte Partei, da weder der gemeinrechtliche Anklage-Proceß, noch auch der Adhäsions-Proceß zulässig war, konnte gar nicht im Criminal-Processe auftreten, ihr Recht verfolgen und darüber erkennen lassen. Jedenfalls sind die gedachten Vorschriften durch die Verordnung über die Einführung des mündlichen und öffentlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungs-Sachen v. 3. Januar 1849 (Ges. Samml. S. 14.) und das Gesetz vom 3. Mai 1852 (Ges. Samml. S. 209.) in sofern unausführbar gemacht und beseitigt, als man daraus eine Abhängigkeit der Civil-Klage aus der beschädigenden Handlung von dem Strafverfahren herleiten wollte. Es versteht sich aber von selbst, daß die vorliegende Frage nur nach der dermaligen Lage der preußischen Gesetzgebung beantwortet, daher weder auf ältere Vorschriften, an deren Stelle neue getreten sind, zurückgegangen, noch auch ein Einfluß dem gegeben werden kann, was etwa in dem Gebiete der Streitfrage noch anderweit zu bestimmen der Gesetzgebung vorbehalten sein dürfte.

Es lautet nun der §. 6. des Strafgesetz-Buchs vom 14. April 1851:

> das Recht des Beschädigten auf Schadensersatz ist von der Bestrafung unabhängig.

Diese materielle Vorschrift giebt zugleich die Norm für die Beurtheilung des Verfahrens wegen des Schadensersatzes und des Verfahrens wegen der Bestrafung und hat in den Eingangs zu II. benannten Entscheidungen ihre überzeugend richtige Auslegung gefunden. Es muß auch als die Regel gelten, daß es für den Privat-Anspruch des Damnificaten

gleichgültig sei, ob die beschädigende Handlung mit Strafe bedroht und ob eine Bestrafung des Thäters erfolgt sei oder nicht. Die beschädigende Handlung an sich begründet ohne Weiteres schon einen im Civil-Processe zu verfolgenden Anspruch in Ansehung des Damnificaten, also einen selbstständigen Civil-Anspruch.

Nach der Gerichtsverfassung steht die Untersuchung und Bestrafung von Gesetzes-Uebertretungen besonders benannten und zusammengesetzten Gerichtsbehörden zu, welche in dieser Eigenschaft Civil-Processe nicht verhandeln und entscheiden können. (§§. 27. 38. 60. der Verordnung vom 3. Januar 1849). Vielmehr gehören die Civil-Streitigkeiten ausschließlich vor die nach der Verordnung vom 2. Januar 1849 (Ges. Samml. S. 1.) organisirten Gerichte. Was aber das Verfahren anbelangt, so ist es die Staats-Anwaltschaft, welche von Amts wegen, also im Auftrage des Staats und nicht des Damnificaten, die Untersuchung und Bestrafung einer Handlung, welche eine Uebertretung des Strafgesetz-Buchs enthält, vor dem competenten Gerichte zu verfolgen hat. — §§. 2 ff. der Verordnung vom 3. Januar 1849. — Dagegen kann der Proceß wegen des Privat-Anspruchs des Damnificaten aus der nämlichen Handlung, nach §. 4. Tit. 5. der Proceß-Ordnung, von keinem Anderen angestrengt werden, als von dem Damnificaten oder seinem Rechtsnachfolger. Es wird mithin das Verfahren, auf welches das Erkenntniß des Strafrichters ergeht, zwischen anderen Parteien, als der Civil-Proceß, geführt und schon aus diesem Grunde kann, nach Maaßgabe der im §. 5. Tit. 24. und §. 14. Tit. 28. der Proceß-Ordnung anerkannten Grundsätze, das Urtel des Strafrichters, möge es nun auf Bestrafung oder Freisprechung gerichtet sein, in dem Civil-Processe als Judicat der Regel nach nicht gelten.

Völlig außer Zweifel gestellt wird endlich die Unabhängigkeit des Civil-Richters bei seiner Verhandlung und Entscheidung des Civil-Anspruchs von dem Verfahren und dem Ausfalle des Erkenntnisses des Strafrichters, wenn die Verschiedenheit des Beweis-Verfahrens in Erwägung gezogen wird.

Die Proceß-Ordnung, namentlich im Tit. 13. §§. 8. ff., stellt eine bestimmte Beweis-Theorie auf, so daß der factische Klagegrund nur dann für richtig angenommen werden darf, wenn er nach den gegebenen Beweisregeln bewiesen worden ist. Die positiven Regeln der Proceß-Ordnung über die Beweise und deren Wirkungen sind mit einzelnen Ausnahmen, wie in Ehesachen nach §§. 39 ff. der Verordnung vom 28. Juni 1844 (Ges. Samml. S. 184.), im Falle des §. 111. der Concurs-Ordnung v. 8. Mai 1855 (Ges. Samml. S. 321.) und des §. 17. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 (Ges. Samml. S. 429.) keinesweges aufgehoben. Namentlich läßt sich aber ein Urtel des Strafrichters, als solches, nach diesen Regeln nicht als ein Beweisstück für That und Thäterschaft im Civil-Processe ansehen. Noch weniger aber legt irgend eine gesetzliche Vorschrift diesem Urtel die Kraft einer Präsumtion mit der Wirkung der Last des Gegenbeweises im Civil-Processe bei.

Im Strafverfahren giebt es nun gar keine positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise mehr. Nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 22. der Verordnung vom 3. Januar 1849 treten die bisherigen positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise außer Anwendung und hat der Richter, jedoch mit Angabe der Gründe, fortan unter genauer Prüfung aller Beweise für die Anklage und Vertheigung nach seiner freien aus dem Inbegriffe der von ihm erfolgten Verhandlungen geschöpften Ueberzeugung zu ent-

scheiden, ob der Angeklagte schuldig oder nicht schuldig sei. Und nach Art. 95. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 haben die Geschworenen, ohne Gründe angeben zu brauchen, die vorgelegten Fragen unter genauer Prüfung aller Beweise für die Anklage und Vertheidigung nach ihrer freien aus dem Inbegriffe der vor ihnen erfolgten Verhandlungen geschöpften gewissenhaften Ueberzeugung zu beantworten.

Es leuchtet hiernach ein, wenn dennoch die Thatfrage, wie solche vom Einzelrichter, vom Richter-Collegium oder von den Geschworenen entschieden ist, in dem vom Damnificaten wegen seines Privat-Anspruchs wider den Angeschuldigten angestrengten Civil-Processe festgehalten werden sollte, die Beweis-Theorie des Civil-Processes für solche Sachen aufgehoben und eine sehr wesentliche Umgestaltung der Proceß-Ordnung eingetreten sein müßte. Daß der Gesetzgeber eine solche implicite durch die Reform des Strafverfahrens habe anordnen wollen, kann nicht angenommen werden. Vielmehr kann es nicht zweifelhaft sein, daß die Aufhebung der positiven Beweisregeln nur auf das Strafverfahren und nur auf diejenigen Beweisregeln sich beziehe, welche in der Criminal-Ordnung gegeben waren. Ist aber die Beweisführung im Civil-Processe unverändert dieselbe geblieben, so ist auch gar kein Grund vorhanden, in Bezug auf Thatbestand und Thäterschaft in der Beweisfrage irgend einen Unterschied im Civil-Processe zu machen, da ein solcher dort durch die Natur des Rechtsverhältnisses und den untrennbaren Zusammenhang zwischen Thatbestand und Thäterschaft ausgeschlossen erscheint.

Es ist daher die Ansicht gerechtfertigt, welche bei den zu II. Eingangs erwähnten Entscheidungen ausgeführt und auch vom vierten Senate nach dem Obigen angenommen worden. Indessen mußte bei dem über die vorliegende

Frage gefaßten Plenar-Beschlusse in Betracht gezogen werden, daß allerdings einzelne gesetzlich bestimmte Fälle existiren, in welchen von der Regel, daß der Civil-Richter an die Feststellungen des Strafrichters nicht gebunden sei, Ausnahmen gerechtfertigt erscheinen und vorzubehalten waren. Beispielsweise wird nämlich in dem Falle des §. 24. Tit. 16. der Proceß-Ordnung der Beweis des Meineides durch das Criminal-Urtel im Civil-Processe geführt, die Verletzung des Polizeigesetzes bei dem Schädenanspruche aus §. 26. Thl. I. Tit. 6. A. L. R. durch das Strafurtel bewiesen, zum Nachweise der Entschädigungspflicht der Gemeinden bei Tumulten nach dem Gesetze vom 11. März 1850 (Ges. Samml. S. 199.) das Strafurtel beigebracht, die Ehescheidungs-Klage aus §. 704. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. durch das Erkenntniß des Strafrichters begründet, der Einwand gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen in den Fällen des §. 227. Nr. 6. und 7. und §. 230. Nr. 15. und 16. Tit. 10. der Proceß-Ordnung durch das Criminal-Urtel bewiesen werden müssen. Alle solche Ausnahmen können aber auch hier nur dazu beitragen, die Regel zu bestärken.

№ 1.

Ausübung des Wahlrechts bei alternativen Verbindlichkeiten durch Klageerhebung.

Wird der wahlberechtigte Gläubiger zweier alternativer Rechte, von denen die Ausübung des Einen das Andere gänzlich ausschließt, dadurch, daß er das ihm zustehende Wahlrecht, gegen den alternativ Ver-

---

pflichteten, durch eine unbedingt und ohne Vorbehalt auf Eines jener Rechte beschränkte Klage geltend gemacht und der Verklagte sich in seiner Klagebeantwortung und den ferneren Proceß-Verhandlungen, auf das ausschließlich gewählte Recht, ohne Widerspruch gegen die geschehene Wahl eingelassen hat, jedes ferneren Wahlrechts verlustig?

A. G. O. Thl. I. Tit. 5. §. 21., Tit. 10. §. 5a.

A. L. R. Thl. I. Tit. 4. §§. 52. 57 ff.

Eigenthums-Ordnung für das Vest Recklinghausen rc. vom 3. April 1781 §§. 40. 41.

Die Eigenthums-Ordnung für das Vest Recklinghausen vom 3. April 1781 giebt im §. 40. Tit. V. dem Gutsherrn rücksichtlich der, bis nach Lichtmeß verschobenen Entrichtung der Natural-Kornpächte, die Wahl, „ob er sich die Kornfrüchte in natura liefern, oder in Gelde nach den Martini-Marktpreisen abführen lassen wolle." Auf Grund dieser Bestimmung war von der verwittweten Freifrau von F. und Genossen wider den Besitzer des vormals eigenhörigen Hesselmanns-Hofes Klage auf Zahlung der Geldpreise für die pro Martini 1852 zu leisten gewesenen, aber nicht rechtzeitig geleisteten Kornpächte erhoben, ohne daß dieses Klagepetitum an irgend eine Bedingung oder einen Vorbehalt hinsichtlich der Natural-Lieferung geknüpft worden wäre.

In der Klagebeantwortung räumte der Verklagte seine Verpflichtung ein und erhob nur Einwendungen gegen die Höhe der angesetzten Preise. Bezüglich dieses Streitpunktes wurde von beiden Theilen über die Angemessenheit und Richtigkeit der Geldpreise Beweis und Gegenbeweis ange-

treten und derselbe bildete auch in der Re- und Duplik den alleinigen Gegenstand der Verhandlung unter den Parteien. Erst im Termine zur mündlichen Verhandlung erster Instanz verlangte der Mandatar der Kläger, falls es zulässig, unter Abänderung des auf Geldpreise gestellten Klagepetitums, die Lieferung der rückständigen Pächte in natura. Des hiergegen Seitens der Verklagten erklärten Widerspruchs ungeachtet, ist derselbe durch zwei gleichlautende Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Dorsten und des Appellations-Gerichts zu Münster vom 1. September 1854, resp. 23. Juni 1855 verurtheilt worden, die specificirten Hofespächte pro Martini 1852 in natura zu liefern. Der Appellations-Richter faßte den vorerwähnten, erst in der mündlichen Verhandlung formirten Antrag, als eine einfache, nach den Vorschriften der Allg. Ger. Ord. statthafte Aenderung des Klagepepitums auf. Der zweite Senat des Ober-Tribunals vernichtete jedoch auf Imploration des Verklagten, am 10. April 1856, das Appellations-Urtel, und verwies die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz.

Gründe.

Der Appellations-Richter stützt seine Entscheidung auf den §. 21. der Proceß-Ordnung Tit. 5. und den §. 5a. Tit. 10. Diese gesetzlichen Vorschriften gestatten alsdann eine Aenderung des Klageantrages, wenn sich im Laufe des Processes ergiebt, daß aus dem der Klage zum Grunde liegenden Geschäfte oder Sachverhältniß, zwar nicht das in der Klage Geforderte, wohl aber ein anderer rechtmäßiger Anspruch des Klägers zu begründen ist, vorausgesetzt, daß dadurch das Hauptfactum oder Geschäft, worauf die Klage gestützt ist, keine Veränderung erleidet. Allein aus dieser Proceßvorschrift ist für die, allerdings erst im Laufe des

Processes hervorgetretene, neue Controverse unter den Parteien keine rechtlich befriedigende Lösung zu gewinnen, selbst wenn deren fortdauernde Gültigkeit neben der neueren Proceßgesetzgebung außer Zweifel stände. Sie paßt nicht auf den vorliegenden Fall. Es hat sich nämlich in keiner Weise ergeben, daß aus dem Klagefactum nicht die in der Klage geforderten Geldpreise für die Naturalpächte, sondern nur die Naturallieferung derselben zu begründen sei. Es war vielmehr weder bei den Parteien, noch den Richtern in irgend einem Stadium des Prozesses darüber ein Zweifel, daß den Klägern nach der Vestischen Eigenthums-Ordnung v. 3. April 1781 Tit. 5. §. 40. — da Verklagter Lichtmeß die Pächte nicht geliefert, — das Recht zustand, nach ihrer Wahl, solche entweder in natura oder in Gelde nach den Martini-Marktpreisen zu fordern. Der Streit schwebt nur über die Frage, ob die Kläger, nachdem sie das ihnen gesetzlich zustehende Wahlrecht durch Erhebung der Klage auf Zahlung der Geldpreise, statt der Naturallieferung, unbedingt und ohne Vorbehalt ausgeübt, und der Verklagte diesen Tilgungsmodus seiner Schuld dadurch acceptirt hatte, daß er nur die factischen Grundlagen der Preisberechnung angefochten — nachdem also das Gebiet des Streits durch diese wechselseitigen Handlungen auf die Ermittelung jener Grundlagen begrenzt worden, noch befugt waren, ihr Wahlrecht abermals dadurch geltend zu machen, daß sie nun, statt der eingeklagten Geldpreise die Naturallieferung forderten. —

Diese Streitfrage liegt außerhalb der von dem Appellations-Richter in Anwendung gebrachten Proceßvorschrift, und ist materieller Natur. Diese ist es auch, welche der in der Imploration aufgestellte Rechtssatz in der, der Parteistellung des Verklagten entsprechenden negativen Form dahin beantwortet:

der wahlberechtigte Gläubiger einer alternativen Verbindlichkeit geht durch die in der Klage getroffene Wahl jedes ferneren Wahlrechts verlustig, namentlich darf er dann von der gewählten Leistung nicht wieder abgehen, wenn erst die Klage dem Gegner zur Beantwortung behändigt und die Klageeinlassung ohne Widerspruch gegen die geschehene Wahl erfolgt ist.

Diesem Grundsatze ist, in soweit es sich von solchen alternativen Verbindlichkeiten handelt, von denen die eine die andere völlig ausschließt, im Wesentlichen beizupflichten, wobei aus dem schon früher Gesagten folgt, daß die darin vorkommende Erwähnung der Klage und Klageeinlassung, denselben nicht als eine Proceßvorschrift charakterisirt. Im vorliegenden Falle ist das alternative Recht und die ihr entsprechende alternative Verbindlichkeit der oben bezeichneten Natur. Die Kläger konnten entweder die Leistung der Pächte in natura oder die Martini-Marktpreise fordern, aber nur das Eine oder das Andere. Unbestritten schließt die in Folge der ausgeübten Wahl stattgefundene Erfüllung des Einen, den Anspruch auf das Andere vollständig aus, und es enthält mithin eine gerichtlich erhobene Klage, in welcher der Wahlberechtigte sein, die Erfüllung auf eine Alternative begrenzendes Wahlrecht, nicht nur ausübt, sondern zur Feststellung und Genügung der nur gewählten Verbindlichkeit, die gerichtliche Hülfe in Anspruch nimmt, eine bestimmte, ernste und die Kläger verpflichtende, dem Verklagten durch Vermittelung des Gerichts kundgegebene Willenserklärung, welche, von dem Verklagten acceptirt, auch diesen verpflichtet. Sie individualisirt nämlich, dem Letzteren gegenüber, die frühere alternative Verbindlichkeit und nöthigt ihn, diejenigen Erfüllungsmittel herbeizuschaffen, welche die vom Berechtigten getroffene Wahl er-

heischt, während sie ihn berechtigt, sich derer zu entschlagen, deren er in dem gedachten Bezuge nicht mehr bedarf. Es treffen also alle Erfordernisse einer, den Kläger verpflichtenden Willenserklärung zusammen (§§. 52. 57. A. L. R. Thl. I. Tit. 4.), welche bei der auf die getroffene Wahl eingehenden, ihr nicht widersprechenden Einlassung auf die Klage, auch des Erfordernisses der Acceptation nicht ermangelt. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Verklagte, wie der Appellations-Richter feststellt, die Preisberechnung monirt hat. Nach derselben Feststellung sind von den Klägern die Martini-Preise gefordert worden. Wenn nun der Verklagte nicht diese Forderung bestritten, sondern nur die, seiner Ansicht nach, unrichtige Berechnung derselben bemängelt hat, so blieb derselbe in den Grenzen der von den Klägern gewählten Erfüllungsart, die ebenfalls nur die Zahlung der richtigen Martini-Preise zum Gegenstande haben konnte. Die Klage, welche deren gerichtliche Feststellung im Wege des Processes bezielte, involvirte daher auch die, dem Verklagten zustehende Befugniß, etwaige Unrichtigkeiten der klägerischen Rechnung zu moniren.

Hat also der Appellations-Richter den vom Imploranten hervorgehobenen Rechtssatz verletzt, so erscheint die Vernichtung des Appellations-Urtels gerechtfertigt.

In der Sache selbst ergeben die Verhandlungen noch triftigere Motive für die Unhaltbarkeit der, der Entscheidung der Vorrichter zum Grunde liegenden Auffassung. Von den Parteien war über die Berechnung der von den Klägern nur geforderten Preise Beweis und Gegenbeweis angetreten, Einrede, Re- und Duplik verhandelt, ohne daß von den Klägern oder dem Verklagten irgend eine Veranlassung dargeboten worden, das durch die erfolgte Wahl der Kläger fixirte Object des Anspruchs in Frage zu stellen. Der erst

im Termine zur mündlichen Verhandlung vom 5. Mai 1854 „für den Fall der Zulässigkeit" substituirte Antrag auf Lieferung der Pächte in natura erscheint daher, nach den schon ausgeführten Erwägungen, um so unstatthafter. Es konnte jedoch nicht definitiv erkannt werden, da bei dem Wegfall des letztgedachten Antrags der Rechtsstreit auf den Standpunkt zurückgeführt wird, von dem derselbe durch jenen Antrag entfernt wurde. Ueber die Beweisaufnahme ist noch in erster Instanz zu befinden und deshalb die Zurückweisung der Sache dorthin erfolgt.

№ 2.

Gutsüberlassungs-Verträge.

Nähere Bestimmung der Rechte des Kindes, welchem die Eltern in einem Gutsüberlassungs-Vertrage eine vom Gutsannehmer zu zahlende Abfindung ausgesetzt haben.

A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §§. 75. 76.
Plenar-Beschluß vom 25. August 1846. (Entscheidungen rc. Band 14. S. 70.)

Michael und Helene B. haben durch gerichtlichen Vertrag vom 2. August 1841 ihr zu B. Nr. 6. belegenes Grundstück ihrem Sohne August für 1,400 Thlr. eigenthümlich überlassen und unter anderen Bestimmungen ihm zur Pflicht gemacht, von dem Kaufpreise den Betrag von 233 Thlr. 10 Sgr. an ihre Tochter, Euphrosyne, innerhalb acht Jahren zu zahlen. Diese Summe ist in das Hypothekenbuch des Grundstücks eingetragen (es erhellet nicht

auf wessen Antrag?); eine Zahlung ist nicht erfolgt; die Euphrosyne B. ist in minderjährigem Alter, aber noch vor Ablauf der achtjährigen Zahlungsfrist, mit Hinterlassung eines unehelichen Sohnes, gestorben, dies Kind aber ebenfalls mit Tode abgegangen und der ihrem erblosen Nachlasse (richtiger dem Nachlasse ihres Sohnes Christoph) bestellte Curator hat nun die Summe von 233 Thlr. 10 Sgr. als eine zum Nachlasse gehörende Forderung eingeklagt. Er ist durch das Urtel erster Instanz abgewiesen worden, wogegen das der zweiten Instanz den Verklagten zur Zahlung des Capitals sammt Verzugszinsen an die Cristoph B.'sche Nachlaßmasse verurtheilt hat.

In Folge der gegen das Appellations-Urtel eingelegten Nichtigkeits-Beschwerde ist vom ersten Senate des Ober-Tribunales am 13. October 1856 erkannt worden:

daß das Erkenntniß des Civil-Senates des Appellations-Gerichts zu Bromberg, vom 19. Januar 1856, zu vernichten und in der Sache selbst das Urtel des Kreisgerichts zu Inowraclaw, vom 22. Mai 1855, zu bestätigen.

Gründe.

Der Verklagte hat hauptsächlich den Einwand entgegengestellt, daß für die Euphrosyne B. ein Recht aus dem Ueberlassungs-Vertrage vom 2. August 1841 nicht erworben worden, weil sie demselben niemals beigetreten, und weil ferner die dort zu ihren Gunsten getroffene Bestimmung durch den von ihm mit *seinen* und *ihren*, noch lebenden beiden Eltern, am 5. Januar 1855 errichteten notariellen Vertrag wieder *aufgehoben* und von den Eltern ihm die Zahlung der 233 Thlr. 10 Sgr. aus dem Grunde erlassen worden sei, weil er seine gedachte Schwester viele Jahre hindurch, bis an ihren Tod, unterhalten und auf diese Weise schon mehr als jenen Betrag für sie aufgewendet habe.

Diesen, vom ersten Richter gebilligten Einwand, verwirft das Appellations-Urtel, indem es ausführt, daß die in dem Gutsüberlassungs-Vertrage vom Jahre 1841 enthaltene anticipirte Theilung des Nachlasses der Eltern B., nachdem sie durch die wirkliche Ueberlassung des Gutes, an den dasselbe annehmenden Sohn, zur Ausführung gekommen und in dieser Beziehung unwiderruflich geworden, auch für die anderen darin bedachten Kinder, die bei dem Vertrage zwar nicht unmittelbar zugezogen, aber durch die Eltern dabei vertreten worden seien, den Character der Unwiderruflichkeit erlangt habe. Wenn die Acceptation der Kinder durch die Eltern supplirt und überhaupt wirksam werde, so müsse sie — meint der Appellations-Richter — auch ebenso für dieselben unwiderruflich sein, als die vom Gutsübernehmer acceptirte und durch die Ueberlassung des Gutes realisirte Zuwendung des letzteren.

Implorant behauptet nun, daß, wenn man in einem solchen Ueberlassungs-Vertrage zugleich einen Vertrag, welcher den Vortheil eines Dritten zum Gegenstande habe, anerkenne, was doch vom Appellations-Richter geschehe, dieser Dritte aus demselben nach §. 75. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. erst dann Rechte erlange, wenn er ihm mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten sei, und daß nach §. 76. bis dieser Beitritt erfolgt ist, der zu seinem Vortheile geschlossene Vertrag nach dem Einverständnisse der Contrahenten abgeändert oder gar aufgehoben werden könne. Es wird die Verletzung dieser Grundsätze behauptet, und diese Beschwerde ist begründet.

Es hat zwar das Ober-Tribunal nach seinem Plenar-Beschlusse vom 25. August 1846 eine Ausnahme von obigen Regeln für Fälle wie der hier vorliegende, in so weit

für gesetzlich begründet erachtet, daß es den Grundsatz angenommen hat:

> Wenn ein Vater in dem, mit einem seiner Kinder abgeschlossenen Gutsüberlassungs-Vertrage, seinen anderen Kindern Abfindungen ausgesetzt hat, so kann der Gutsannehmer dem, die Abfindung einklagenden Kinde nicht entgegensetzen, daß es dem Vertrage nicht beigetreten sei.

Und diesen Grundsatz hat der Appellations-Richter augenscheinlich sich angeeignet. Indessen lag damals eben nur die Frage zur Entscheidung vor, ob die Klage des, die Abfindung fordernden Kindes, überhaupt zulässig sei? was bis dahin verneint worden war, und diese wurde nunmehr bejahet, indem man annahm, daß eine Ausnahme von der Regel des §. 75. sich bei diesen, den deutschen Rechts-Gewohnheiten angehörenden Gutsüberlassungs-Verträgen zwischen Eltern und Kindern, nothwendig mache, und die bei denselben so häufig fehlende unmittelbare Zuziehung der übrigen abzufindenden Kinder durch die Erklärungen der Eltern, welche als deren Vertreter anzusehen seien, ersetzt werde. Es ist dabei namentlich Gewicht gelegt worden auf die Analogie der Vorschrift §. 87. Tit. 5. a. a. O., nach welcher Personen, welche die Vermuthung einer Vollmacht für sich haben, auch Anträge, die ihnen für die präsumtiven Machtgeber geschehen, in deren Namen annehmen können.

Die Frage: ob und wiefern dergleichen Stipulationen von den Hauptparteien wieder abgeändert, oder ganz aufgehoben werden können, ist damals nicht Gegenstand der Erörterung gewesen. Der Specialfall, welcher zur Berufung des Plenum Veranlassung gab, führte nicht zu dieser Frage und nach der Beschaffenheit des ersteren hätte das Plenum seinen Ausspruch sogar noch auf einen engeren Umfang be-

schränken können. Es war nämlich damals die eine Hauptpartei, der gemeinschaftliche Vater der streitenden Geschwister, schon gestorben, und die Klägerin gründete auf diesen Umstand mit ihr Klagerecht, indem sie geltend machte, daß der Vater die ihr zugewiesene Geldabfindung nicht selbst eingezogen, noch auch die diesfällige Vertragsbestimmung abgeändert habe. In den Gründen des Plenarbeschlusses ist anerkannt, daß für diejenigen Fälle, wo der überlassende Vater bereits gestorben sei, die Sache gar kein Bedenken habe, da er allein aus dem Ueberlassungs-Vertrage ein Recht hinsichts der stipulirten Zahlungen, der Gutsannehmer nur eine darauf bezügliche Pflicht, habe, also der Vater allein als diejenige Hauptpartei, im Sinne des §. 75. Tit. 5. anzusehen sei, mit deren Zustimmung das abzufindende Kind dem Vertrage beitreten dürfe, und diese Zustimmung nicht zu bezweifeln stehe, wenn der Vater bis zu seinem Tode etwas Anderes nicht erklärt habe. Ist man nun damals auch weiter gegangen, und ist der aufgestellte Grundsatz auch in den Fällen, wo die mit Abfindungen bedachten Kinder noch beim Leben des Vaters gegen den Gutsübernehmer klagen, für anwendbar erachtet, so ist doch, wie gesagt, die jetzt streitige Frage dort nicht entschieden worden, da der gefaßte Beschluß nur das Recht des Abfindlings gegen den Gutsannehmer betrifft und gesichert hat. Es kommt darauf an: ob die Consequenz dahin führt, mit dem Appellations-Richter anzunehmen, daß die Kinder, denen der überlassende Vater Abfindungen aus dem Kaufgelde ausgesetzt hat, sofort mit dem Abschluß des Vertrages zwischen dem Vater und dem Gutsannehmer ein Recht, und zwar ein unwiderrufliches Recht, auf die Abfindung, auch dem Vater gegenüber erwerben? Ganz unbedingt scheint doch selbst der Richter zweiter Instanz dies nicht zulassen

zu wollen, indem er sich dahin ausdrückt: „daß ein solcher Theilungsact, die (vom Appellations-Richter angenommene) anticipirte Erbtheilung, wenn sie mit einer Gutsüberlassung an eines der Kinder verknüpft, und in dieser Beziehung unwiderruflich geworden, schon etwas in der Form des Vertrages wirklich Ausgeführtes sei, und daß nicht abzusehen, weshalb die, für die nicht zugezogenen Kinder durch die überlassenden Eltern supplirte Acceptation des ihnen Zugewendeten, wenn überhaupt von Wirksamkeit, dann nicht auch von derselben Unwiderruflichkeit sein sollte, als die durch die Gutsüberlassung realisirte, und vom Uebernehmer selbst acceptirte Zuwendung."

Es wird hiernach die Unwiderruflichkeit anscheinend davon abhängig gemacht, daß der zwischen dem Vater und dem gutsannehmenden Sohne geschlossene Vertrag durch die wirkliche Uebereignung des Gutes zur Ausführung gekommen, und es würde daher dem Gedankengange des Appellations-Richters entsprechen, anzunehmen, daß wenn diese beiden Hauptparteien ihren Vertrag noch vor dessen Ausführung abändern oder ganz aufheben möchten, die nicht zugezogenen Kinder kein Widerspruchsrecht haben dürften. Dem ist beizupflichten, man muß jedoch weiter gehen und den beiden Hauptparteien überhaupt das Recht zu solchen Abänderungen resp. zur Aufhebung des Vertrages beilegen, gemäß der Vorschrift des §. 76. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. Denn hier ist bestimmt, daß bis zu dem Zeitpunkt, wo der nicht zugezogene Dritte dem Vertrage mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten sein wird, von diesen letzteren der Vertrag abgeändert oder aufgehoben werden darf, und diese in der Natur der Sache liegende, aus dem Grundsatze des §. 75. von selbst folgende Befugniß kann nicht als beseitigt für Fälle dieser Art angesehen werden.

Darf man auch annehmen, daß der Vater jene Stipulation zum Besten seiner Kinder mit Bestande Rechtens treffen darf, so bleibt er doch Herr darüber, so lange nicht die Kinder auf die ihnen im Vertrage zugesagten Abfindungssummen nun auch ein Recht ihm selber gegenüber erworben haben. Der Vater tritt bei einem solchen Vertrage in einer zwiefachen Eigenschaft auf, und er hört nicht auf die eine Hauptpartei zu sein, deren Zustimmung die nicht zugezogenen Kinder bedürfen, um ein ganz selbstständiges Recht aus dem Vertrage zu erwerben, wenn er auch dem Gutsannehmer gegenüber sie vertreten hat. Die zu Gunsten der Kinder zugelassene und zu gestattende Ausnahme greift nicht so weit, um jene beiden Paragraphen als gar nicht vorhanden in einem solchen Falle ansehen zu dürfen, sondern sie ist nur in dem Sinne aufzufassen: daß die beim Vertrage nicht zugezogenen Kinder, mit Zulassung des Vaters ein Klagerecht aus dem Vertrage gegen den Gutsannehmer erlangen. Diese Zulassung braucht keine ausdrückliche zu sein, und sie ist unter Anderen stillschweigend unfehlbar ertheilt, wenn der Vater gestorben ist, ohne an jener Willenserklärung etwas zu ändern. Aber auch beim Leben des Vaters wird eben dasselbe anzunehmen sein, nur daß hier die Berechtigung des Kindes eine noch nicht völlig gesicherte, nämlich einem möglichen Widerrufe Seitens des Vaters unterliegende, ist, wodurch es jedoch nicht gehindert werden kann, sein Recht gegen den Annehmer selber zu verfolgen, gegen welchen es vollkommen zur Klage legitimirt ist, wie anderentheils der Annehmer an dasselbe mit aller Sicherheit Zahlung leisten kann, da der Vater ihn dazu angewiesen hat. (§. 271. Tit. 16. Thl. I. A. L. R.) Will das angewiesene Kind sein Recht auch gegen jene Möglichkeit des väterlichen Widerrufes sicher stellen,

so hat es das nach §. 76. Tit. 5. Erforderliche zu bewirken. Daß aber, so lange dies nicht geschehen, der Vater, der mit dem Gutsannehmer solche Verabredungen zu Gunsten seiner anderen Kinder getroffen hat, schon dadurch allein und ohne Weiteres, auch gegen diese anderen Kinder verpflichtet werde, läßt sich nicht rechtfertigen. Er mag sie vertreten oder ihre Rechte wahrnehmen, dem Gutsannehmer gegenüber, mit dem er den Vertrag schließt, aber er kann nicht zugleich ihre Rechte wahrnehmen gegen sich selbst, er kann nicht zum Besten jener Kinder mit sich selbst Vertrag schließen.

Wenn der Appellations-Richter meint, es sei nicht abzusehen, warum jener Act weniger unwiderruflich sein solle, als die in derselben Verhandlung vorgenommene vom Gutsannehmer acceptirte Ueberlassung des Gutes an diesen, so liegt der Grund der Verschiedenheit beider Handlungen in den eigenen Worten des Appellations-Urtels; der Gutsannehmer hat das Anerbieten des Vaters acceptirt und dadurch ist zwischen diesen Beiden der Vertrag geschlossen, die nicht zugezogenen Kinder haben die freigebigen Erklärungen ihres Vaters, diesem gegenüber, noch nicht acceptirt, der Vater hat sich ihnen noch nicht verpflichtet und auch der Gutsannehmer nur erst gegen den Vater Verpflichtungen übernommen, auf deren Erfüllung jene anderen Kinder nur mit Zulassung, oder aus der Anweisung des Vaters, ein Recht geltend machen können. Dieses kann auch schon beim Leben des Vaters, je nach den Umständen, von ihnen verfolgt werden, darf aber dann nicht stattfinden, wenn der Vater anderweit über die ausgesetzten Abfindungssummen verfügt hat, ehe jene Kinder dem Vertrage wirklich beigetreten sind. Die Befugniß zu einer solchen Aenderung seines Willens kann demselben so wenig nach allgemeinen

Rechtsgrundsätzen, als nach den oft gedachten §§. 75. 76. a. a. O. abgesprochen werden, und sie entspricht auch dem, was über die Zulässigkeit des Widerrufes einer ertheilten, aber noch nicht angenommenen Anweisung im §. 274 ff. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. verordnet ist, so weit diese Vorschriften hier anwendbar erscheinen.

Die Vernichtung des Urtels zweiter Instanz erscheint hiernach gerechtfertigt. Daraus ergiebt sich für die Entscheidung der Hauptsache zugleich die Bestätigung des, den Kläger abweisenden Urtels erster Instanz, da niemals behauptet worden ist, daß die Euphrosyne B. dem Ueberlassungs-Vertrage vom 2. August 1841 beigetreten sei, ein solcher Beitritt insbesondere nicht in der stattgefundenen hypothekarischen Eintragung der Abfindungssumme liegen kann, weil nicht behauptet, auch nicht zu vermuthen ist, daß dies auf Antrag jener Minderjährigen geschehen sei, und auch nicht ein nachträglicher Beitritt ihres Nachlaß-Curators etwa in der Anstellung der vorliegenden Klage gefunden werden darf, wie sonst schon judicando angenommen worden ist, und daraus folgt, daß nur ein, mit Genehmigung der Hauptpartei erfolgender Beitritt, Rücksicht verdient. Durch den Vertrag vom 5. Januar 1855 haben beide Hauptparteien die Bestimmung des früheren Vertrages vom 2. August 1841, in Betreff der Zahlung der 233 Thlr. 10 Sgr. aufgehoben, die beiden Eltern B. haben dem Gutsannehmer diese Zahlung gänzlich erlassen, und die Contrahenten waren hierzu ebenso berechtigt, als es ihnen freigestanden haben würde, die ganze Gutsüberlassung rückgängig zu machen und jenen älteren Vertrag ganz aufzuheben, soweit nicht ein wohlerworbenes Recht eines Dritten dadurch verletzt wurde, was hier eben nicht eintrat. — Daß der Vertrag vom 5. Januar 1855 erst nach Anstel-

lung der Klage im gegenwärtigen Processe geschlossen worden, ist eben deshalb gleichgültig.

№ 3.

Vertrag über Handlungen.

Die Vorschrift des §. 165. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R., nach welcher die Vergütung geleisteter Handlungen nach der mündlichen Abrede erfolgen soll, findet keine Anwendung auf eine mündliche Abrede über die Vergütung, welche erst stattgefunden hat, nachdem die zu vergütende Handlung bereits geleistet war. Präjudiz 2674.

A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §. 165.

Der Graf von R. hat im Juli 1851 die Herrschaft M. von dem L. für 160,000 Thlr. gekauft. Der Kläger, Agent L. in Breslau, ist, nach seiner Behauptung, hierbei als Vermittler thätig gewesen, und will sich namentlich erboten haben, 20,000 Thlr. auf M. eingetragene Hypotheken-Capitalien, zur Valuta von 16,000 Thlr., in des Verklagten, Grafen von R., Hände zu bringen, worauf dieser davon 14,000 Thlr. in Anrechnung auf den Kaufpreis dem Verkäufer habe cediren können. Dagegen seien ihm, dem Kläger, 5,000 Thlr. von den 6,000 Thlr. jener Hypotheken, welche nach Abzug der 14,000 Thlr. übrig blieben, vom Verklagten mündlich versprochen worden, zugleich zur Vergütung aller Bemühungen des Klägers beim Ankaufe von M. Kläger beruft sich dabei auch auf einen von dem

Rentmeister des Verklagten am 2. Juli 1851 ausgestellten Revers, in welchem diese Verpflichtung im Auftrag des Grafen von R. ausgesprochen wird. Es sind auch am 10. Juli 1851 die gedachten Hypotheken zuerst von dem Gläubiger M. an den Kläger, und dann von diesem an den Verklagten cedirt, der dafür 16,000 Thlr. Valuta gezahlt hat. Kläger hat von dem Verklagten damals gleich andere auf einem Hause haftende Hypotheken zum Betrage von 2,600 Thlr. abgetreten erhalten, und fordert zu dem Restbetrage von 2,400 Thlr. alternative die Abtretung der M.'schen Hypotheken oder Baarzahlung.

Mit einem gleichen Antrage war er in einem Vorprocesse angebrachtermaaßen abgewiesen, weil die damalige Klage das Honorar der 5,000 Thlr. nur als für die Verschaffung der M.'schen Hypotheken versprochen darstellte, während es in der That, und nach dem späteren Zugeständnisse des Klägers, als sowohl hierfür, als für die Bemühungen des Klägers bei Vermittelung des Güterkaufs zugesichert erscheinen würde.

Der Verklagte stellte die Verbindlichkeit des Scheins des Rentmeisters S. für ihn, und die Abgabe eines mündlichen Versprechens seiner Seits in Abrede, erachtete dasselbe aber auch für unverbindlich, weil es erst nach Zustandekommen des Kaufcontracts erfolgt, und sich daher, sofern die 5,000 Thlr. ein Aequivalent für die Vermittelung dieses Letzteren sein sollen, als nachträgliche Schenkung darstelle, nicht als Stipulation der Vergütung für eine noch zu leistende und demnächst geleistete Handlung.

In erster Instanz hatte das Kreisgericht zu Wartenberg in seinem Erkenntnisse vom 25. September 1855 die Entscheidung von einem, dem Verklagten aufgelegten Eide über das behauptete mündliche Versprechen abhängig gemacht.

Auf die Appellation beider Theile, und insbesondere die des Verklagten, hat das Appellations-Gericht zu Breslau am 29. März 1856 abändernd die Klage abgewiesen. Dies Urtel ist von dem vierten Senat des Ober-Tribunals am 2. December 1856 bestätigt worden, aus folgenden

Gründen.

Der Kläger behauptet, daß er durch seine Bemühungen das Zustandebringen des im Juli 1851 abgeschlossenen Contractes, wodurch der Verklagte von dem Gutsbesitzer L. die Herrschaft M. für 160,000 Thlr. gekauft hat, mitbewirkt habe. Er hat um dieselbe Zeit Hypotheken-Capitalien von 20,000 Thlr., welche auf M. hafteten, für die Valuta von 16,000 Thlr. in des Verklagten Hände gebracht, indem er diese von ihm selbst für 13,000 Thlr. erworbenen Capitalien dem Verklagten cedirte. Kläger behauptet, daß Verklagter ihm 5,000 Thlr. von diesen Hypotheken-Capitalien versprochen habe, und fordert den Rest von 2,400 Thlr., nachdem er durch anderweitige Capitalien bereits 2,600 Thlr. erhalten hat. Das Fundament der Klage wird nun, das giebt Kläger selbst zu, in die behauptete — vom Verklagten bestrittene — dem Kläger gleich im Frühjahr Seitens des Verklagten aufgetragene Vermittelung nicht gesetzt, und kann auch darin nicht gesetzt werden. Denn es ist dabei ein Honorar nicht festgesetzt, und der Vorbehalt einer Feststellung konnte als etwas ganz Unbestimmtes höchstens zu dem Resultate einer Feststellung durch Sachverständige führen, — §. 871. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. — und diese würde jedenfalls niedriger ausfallen, als der Betrag der 2,600 Thlr., die Kläger schon erhalten hat; es würde auch in Betreff der Vermittelung des Gutskaufs an dem Nachweise eigentlich zu remunerirender Handlungen fehlen. Es liegt der Klage vielmehr das behauptete Versprechen

der 5,000 Thlr., welches zuerst mündlich gewesen, und worüber sich dann der Schein des S. verhalten soll, zum Grunde. Könnte das Versprechen so aufgefaßt werden, daß es wesentlich als Aequivalent der zu verschaffenden Hypotheken anzusehen, so würde einer Geltendmachung in diesem Sinne die res judicata entgegenstehen, da die vorige Klage eben von diesem Gesichtspunkte ausging, und angebrachtermaaßen abgewiesen ist, weil derselbe nicht richtig, weil das Aequivalent der 5,000 Thlr. wirklich in dem doppelten, der Hypotheken-Verschaffung und den Bemühungen zur Bewirkung des Kaufgeschäfts, bestehe, wie dies denn auch ganz richtig ist. — Die gegenwärtige Klage hält sich daher an diese doppelte Qualität des Aequivalents, und es kann dem Kläger an sich nicht zum Schaden gereichen, oder etwa eine Abweisung ob rem judicatam herbeiführen, wenn er in der Appellations-Instanz die Darlehnsverschaffung als das eigentliche und wesentliche Aequivalent darzustellen sucht.

Diese Ausführung hat nur die Tendenz, gegen die Ansicht des ersten Richters und in Uebereinstimmung mit dem Verklagten festzustellen resp. zuzugeben, daß, zur Zeit des Versprechens, alle Handlungen zur Bewirkung des Kaufs bereits geschehen waren, weil der Kauf abgeschlossen war. Letzteres nimmt der Appellations-Richter an, und sowohl jenen Zugeständnissen als der wahren Sachlage nach mit Recht, besonders da, wie die Parteien einig sind, sogar der notarielle Kaufcontract schon am 1. Juli abgeschlossen ist. Wäre derselbe, wie früher behauptet worden, aber auch erst am 11. Juli geschlossen, so würde das doch nichts releviren, da das Geschäft bereits durch den schriftlichen nach Klägers Angaben gewiß am 1. Juli stattgefundenen Abschluß perfect geworden war. Hieraus folgt, daß, sofern ein Theil des Aequivalents der 5,000 Thlr. in den Bemühungen des

Klägers für den Gutskauf besteht, dadurch eine Belohnung für bereits vergangene Handlungen stipulirt worden ist. Ob nun auf eine solche Stipulation der §. 165. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R. anzuwenden, nach welchem die Vergütung nach der mündlichen Abrede erfolgen soll, ist zwar nicht unzweifelhaft, doch muß in Uebereinstimmung mit der Ansicht beider Richter für die Nichtanwendbarkeit entschieden werden. Denn der Grund des §. 165. liegt offenbar darin, daß die bona fides desjenigen, der die Handlung, nachdem ihm ein bestimmter Preis versprochen war, für diesen Preis geleistet hat, nicht getäuscht werden soll. Dieser Gesichtspunkt fällt ganz weg, wenn kein Preis verabredet, also ein vollständiger Vertrag nicht vorhanden war. Die Handlung konnte dann nur geschehen in Aussicht auf den gesetzlichen Preis, d. h. den durch Sachverständige festzustellenden. — §. 871. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. — Contrahiren nun die Parteien nachträglich über eine statt dessen festzusetzende Remuneration, so ist dies ein neues, dem Requisite der Schriftlichkeit, wo sie erforderlich ist, unterworfenes Abkommen, das auch, wenn es nicht erfüllt ist, nicht etwa unter den Gesichts-Punkt eines erfüllten Vergleichs — Präj. 1853 S. 92. — aufgefaßt werden könnte.
Die Fassung des §. 165., lautend:

> Hat der mündliche Vertrag Handlungen zum Hauptgegenstande gehabt, und sind diese sämmtlich geleistet worden, so muß die Vergütung nach der mündlichen Abrede geschehen,

ergiebt es übrigens schon, daß das Gesetz mit der mündlichen Abrede nur die durch den vorhergehenden mündlichen Vertrag constatirte Abrede, nicht eine nachherige Vereinbarung gemeint haben kann. Damit stimmt im Abschn. 9. des Tit. 11. von Schenkungen der §. 1177.

ganz überein, welcher eine Verabredung über die Belohnung einer unternommenen Handlung bloß dann unter die Kathegorie des Abschnitts der Verträge über Handlungen verweist, wenn diese Verabredung dem geleisteten Dienste vorhergeht.

Ist hiernach die Schriftlichkeit nothwendig, um die Vergütung für geleistete Handlungen rechtsgültig festzustellen, so konnte das mündliche Versprechen in Betreff einer Vergütung für die Bemühungen, um den zur Zeit des Versprechens bereits abgeschlossenen Kaufvertrag zu Stande zu bringen, von keinem Effect sein. Die Cession der Hypotheken ist erst uach jenem angeblichen Versprechen erfolgt; allein sie steht keinesweges im untrennbaren Zusammenhange mit der Vermittelung des Kaufcontracts; sie ist etwas für sich Bestehendes, sie erscheint auch nicht als die Hauptsache.

Da es nun nicht ermittelt werden kann, wie viel auf das eine und wie viel auf das andere Aequivalent fallen sollte, der Vertrag selbst, bei der excessiven Belohnung beider dafür keinen Anhalt giebt, und dem Kläger 2,600 Thlr. in Hypotheken gegeben und von ihm angenommen worden sind, so muß, wie der zweite Richter annimmt, die mangelnde Schriftform die Unklagbarkeit des Vertrags, so weit aus demselben überhaupt noch eine Leistung in Anspruch genommen, herbeiführen. —

Es wird sodann ferner die Unverbindlichkeit des Reverses des Rentmeisters und das Nichtvorhandensein einer Genehmigung desselben Seitens des Verklagten erörtert.

№ 4.

Anfechtung eines Vertrages wegen Unkenntniß der Sprache, in welcher er aufgenommen worden ist.

Ob der Vermerk in einem gerichtlich errichteten Vertrage, daß dem der Sprache, in welcher derselbe abgefaßt ist, Unkundigen der Inhalt des Vertrages verdollmetscht worden und er auf die Vorlegung einer Uebersetzung des Hauptinstruments, oder eines Nebenprotocolls verzichtet habe, alsdann hinreichend sei, wenn dieser Verzicht nicht in der dem Erklärenden verständlichen Sprache aufgenommen worden?

A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §§. 179—184.
A. G. O. Anh. §. 75.

Am 14. December 1838 haben die Bauer R.'schen Eheleute mit den Marianne Z.'schen Erben einen gerichtlichen Vertrag geschlossen, in welchem sie „den Marianne Z.'schen Erben ein zu ihrer Possession Nr. 5. Kobilla gehöriges Ackerstück, Wogrodzie genannt, eigenthümlich überließen und sich verpflichteten, einen förmlichen Vertrag darüber bei den Grundacten Behufs der Besitztitel-Berichtigung aufnehmen zu lassen, sobald der Ablösungs-Receß bestätigt sein würde." Die Interessenten waren lesens- und schreibensunkundig und nur der polnischen Sprache mächtig. Der Vertrag wurde von Einer Gerichtsperson aufgenommen, von den Parteien unterkreuzt und von einem Unterschriftszeugen mit unterschrieben. Die Verhandlung enthält ferner

den in deutscher Sprache aufgenommenen Vermerk, daß die Erklärenden auf die Führung eines polnischen Nebenprotocolls verzichten und daß ihnen die Verhandlung verdollmetscht worden.

Seit Abschluß dieses Vertrages befinden sich die Marianne Z.'schen Erben im Besitze des erwähnten Ackerstücks. Der Ablösungs-Receß ist inzwischen bestätigt worden.

Jetzt fordern die R.'schen Eheleute jenes Ackerstück, als zu ihrer Possession Nr. 5. Kobilla gehörig, von den Besitzern, der Marianne Z. verehelichten B. und deren Ehemann zurück und beantragen: dieselben zur Herausgabe des bezeichneten Ackerstücks zu verurtheilen.

Die Verklagten widersprachen diesem Antrage mit dem Einwande, das Eigenthum an jenem Ackerstücke durch den erwähnten Vertrag erworben zu haben. Sie beriefen sich ferner auf Zeugen darüber, daß ihnen die R.'schen Eheleute das Ackerstück bald nach Abschluß des Vertrages übergeben hätten und hielten, da sie das Ackerstück seit jenem Vertrage länger als zehn Jahre besessen, dafür, daß sie es durch Verjährung erworben hätten. Sie beantragten: Abweisung der Klage und widerklagend:

die Kläger zum Abschlusse eines förmlichen Vertrages über jenes Ackerstück bei dem das Hypothekenbuch führenden Gerichte zu verurtheilen.

Hierauf verurtheilte das Kreisgericht zu Ratibor durch Erkenntniß vom 10. November 1855 die Verklagten zur Herausgabe des Ackerstücks und wies sie mit der Widerklage ab.

Der erste Richter hielt den Vertrag vom 14. December 1838 für unverbindlich, weil den Contrahenten, trotz ihres entgegengesetzten Interesses, nur Ein Schreibebeistand zugeordnet worden (Anh. §. 71. zur A. G. O.) und folgerte daraus, daß durch denselben weder das Eigenthum

selbst, noch der zur ordentlichen Verjährung erforderliche Titel Seitens der Verklagten erworben sei.

Gegen dieses Erkenntniß appellirten die Verklagten; dabei behaupteten die Kläger die Unverbindlichkeit des Vertrages, weil der Verzicht auf das polnische Nebenprotocoll nur in deutscher, nicht in polnischer Sprache in die Verhandlung aufgenommen worden sei. Der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Ratibor änderte unter dem 11. März 1856 das erste Erkenntniß dahin ab:

daß die Kläger mit ihrem Antrage auf Herausgabe des Ackerstücks abzuweisen und schuldig, mit den Verklagten vor dem Kreisgericht zu Ratibor einen Ueberlassungs-Vertrag über das Ackerstück zu errichten.

Der zweite Richter erachtete trotz der unterlassenen Zuziehung eines zweiten Unterschriftszeugen und trotz des Umstandes, daß der Verzicht auf das polnische Nebenprotocoll nur in deutscher Sprache in die Verhandlung aufgenommen worden, den Vertrag vom 14. December 1838 für gültig und beweisend, somit durch ihn und den unbestrittenen 10jährigen Besitz das Eigenthum der Verklagten an dem streitigen Ackerstücke für nachgewiesen. Er nahm an, daß der Verzicht auf das polnische Nebenprotocoll, als integrirender Theil der ganzen Verhandlung, in derselben Sprache, wie diese, aufzunehmen sei und daß dieselbe, selbst wenn der Verzicht gar nicht vorhanden wäre, nach §. 184. A. L. R. Thl. I. Tit. 5. dennoch gültig bleibe. Uebrigens sei den Parteien der Inhalt der ganzen Verhandlung, also auch der in ihr enthaltene Verzicht, verdollmetscht, ihnen somit bekannt geworden, worauf sie verzichtet hätten. Daß der Verzicht in polnischer Sprache in der Verhandlung enthalten sein solle, habe bei dem Lesens- und Schreibensunkundigen keinen Zweck, und sei in keinem positiven Gesetze,

am allerwenigsten bei Strafe der Nichtigkeit, vorgeschrieben; die Cabinets-Ordre vom 5. Mai 1839 (Justiz-Minist. Bl. Jahrg. I. S. 178. 179.) sei nur für Posen ergangen, und somit behalte die Verhandlung nach §. 41. A. L. R. Thl. I. Tit. 3. ihre volle Gültigkeit.

Die Kläger rügten gegen diese Ausführung zunächst die Verletzung der §§. 182. 184. Tit. 5. und §. 41. Tit. 3. Thl. I. des A. L. R., des §. 75. Anhang zur A. G. O. und der analog anzuwendenden Cabinets-Ordre vom 5. Mai 1839. Unter Berufung auf zwei Erkenntnisse des Ober-Tribunals führten sie aus, daß der Mangel des polnischen Nebenprotocolls durch die Verdollmetschung der Verhandlung nicht gehoben werde, falls nicht in derselben eine gehörige Verzichtleistung auf das Nebenprotocoll enthalten sei. Ein solcher Verzicht müsse aber in der Sprache des Erklärenden in die Verhandlung aufgenommen werden, um derselben die Beweiskraft zu erhalten. Dies sei in der Verhandlung vom 14. December 1838 unterlassen und somit durch dieselbe weder eine rechtsgültige Veräußerung eingetreten, noch von den Verklagten ein zur Erwerbung des Eigenthums an sich geschickter Titel erworben worden. Demnach habe der zweite Richter auch §. 579. A. L. R. Thl. I. Tit. 9. durch falsche Anwendung verletzt.

Diese Beschwerde ist von dem dritten Senate des Ober-Tribunals für begründet erachtet und durch dessen Urtel vom 10. October 1856 das Appellations-Erkenntniß vernichtet und unter Abänderung des ersten Erkenntnisses, die Klage sowohl, als die Widerklage, in angebrachter Art zurückgewiesen worden.

Gründe.

Die Imploranten machen dem Appellations-Richter den Vorwurf, daß er durch die Annahme: es genüge, wenn bei

Contrahenten, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind, der Verzicht auf ein polnisches Nebenprotocoll in deutscher Sprache aufgenommen werde, die §§. 182. 184. A. L. R. Thl. I. Tit. 5. und den §. 75. des Anhangs zu der A. G. O. verletzt habe. Dieser Vorwurf ist begründet.

In Betreff der Verträge solcher, die der Sprache, in welcher der Vertrag aufgenommen worden, nicht mächtig sind, verordnet der §. 182. A. L. R. Thl. I. Tit 5. und der §. 75. des Anh. zur A. G. O., dessen Anwendbarkeit auf gerichtliche Verträge aus §. 421. des Anh. zu §§. 16. 17. A. G. O. Thl. II. Tit. 2. hervorgeht, die Aufnahme eines Nebenprotocolls oder eines ausdrücklichen Verzichts auf dasselbe, und sie legen der Verabsäumung dieser Vorschrift die Folge bei, daß der Vertrag zwar nicht ungültig ist, sein Inhalt aber anderweit bewiesen werden muß. Der innere Grund dieser gesetzlichen Bestimmung, welcher darin liegt, daß der Wille des Erklärenden festgestellt und die Uebereinstimmung der Erklärung mit dem Geschriebenen zweifellos werde, hat schon früher die Entscheidung veranlaßt, daß die Verdollmetschung der Verhandlung allein die Aufnahme des Nebenprotocolls nicht ersetze, daß vielmehr die Aufnahme eines solchen nur in Folge eines ausdrücklichen Verzichtes unterbleiben könne. Dieser Verzicht selbst ist aber wiederum eine Aeußerung des Erklärenden, die ebenso wie der anderweitige Inhalt der Verhandlung, der Art in derselben enthalten sein muß, daß daraus die Ueberzeugung zu entnehmen ist, der Contrahent habe die abgegebene Erklärung verstanden, und mit dem Bewußtsein, daß dieselbe seinem Willen entspreche, vollzogen. Nur dann kann der Zweck der erwähnten gesetzlichen, aus den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen entlehnten Bestimmungen erfüllt werden und demnach muß der, die Stelle

des Nebenprotocolls vertretende Verzicht in der Sprache des Erklärenden aufgenommen werden, wenn die Verhandlung Beweiskraft erhalten soll.

Die entgegengesetzten Annahmen des zweiten Richters können als begründet nicht erachtet werden. Die Ansicht desselben, der Verzicht müsse als integrirender Theil der Hauptverhandlung in derselben Sprache, wie diese, aufgenommen sein, entbehrt eines inneren Grundes; die weiteren Annahmen desselben, daß der Vertrag nach §. 184. a. a. O selbst dann gültig sei, wenn den Bestimmungen über Nebenprotocoll und Verzicht gar nicht genügt ist, und daß die Aufnahme eines solchen, die bei Lesensunkundigen keinen Zweck habe, nirgends, am wenigsten bei Strafe der Richtigkeit (§§. 40. 41. A. L. R. Thl. I. Tit 3.) in der Sprache des Erklärenden gefordert werde, sind zwar in soweit richtig, als daraus die Folgerung gezogen wird, daß trotz der erwähnten Mängel der Vertrag ein vollständig gültiger bleibe, somit die Form als wesentliches Requisit der Vertragsentstehung gewahrt würde; es ist aber übersehen worden, daß durch die in Rede stehende Unterlassung der Vertrag aus den entwickelten inneren Motiven seine Beweiskraft verliert. — 1§. 84. A. L. R. Thl. I. Tit. 5. — Da nun der zweite Richter aus dem Vertrage vom 14. December 1838, in welchem jener Vermerk in polnischer Sprache nicht enthalten ist, den Beweis hergeleitet hat, daß die Verklagten einen Eigenthumstitel an dem von den Imploranten vindicirten Ackerstücke erworben haben, so hat er dadurch die §§. 182—184 A. L. R. Thl. I. Tit. 5., §. 75. des Anh. zur A. G. O. und auch, wie Imploranten ebenfalls rügen, den §. 41. A. L. R. Thl. I. Tit 3. verletzt. Haben aber die Verklagten nichts in Betreff eines Eigenthumstitels nachgewiesen, so können sie auch nicht durch or-

dentliche Verjährung Eigenthümer geworden sein, und somit ist auch der §. 579. A. L. R. Thl. I. Tit. 9. falsch angewendet. Demnach mußte das Erkenntniß zweiter Instanz vernichtet werden.

In der Hauptsache ist der Vertrag vom 14. December 1838, auf den die Verklagten ihr Eigenthumsrecht stützen, vom ersten Richter für unverbindlich erachtet, weil den schreibens- und lesensunkundigen Contrahenten, trotz ihres entgegengesetzten Interesses, nur ein Schreibebeistand zugeordnet worden. (§. 71. des Anh. zur A. G. O.) Wenn auch den Einwendungen der Verklagten entgegen die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf gerichtliche Verträge nach §. 421. zu §§. 17., 18. A. G. O. Thl. II. Tit. 2. feststeht, (Entscheid. Bd. 14. S. 3.), so kann doch aus der Unterlassung derselben die Richtigkeit des Vertrages nicht hergeleitet werden. Denn nur die Zuziehung eines glaubhaften Mannes als Unterschriftsbeistandes ist das wesentliche Erforderniß, um die an sich mangelhafte Vollziehung der Verhandlung Seitens des Schreibensunfähigen zu ergänzen. — §. 5. des Anh. zum A. L. R. und §. 68. des Anh. zur A. G. O. — Alle anderen in den §§. 69—75. a. a. O. enthaltenen Vorschriften sind nur Anweisungen für den Richter und enthalten die Anordnung von Förmlichkeiten, deren Unterlassung bei dem Mangel der cassatorischen Clausel nach §§. 40., 41. A. L. R. Thl. I. Tit. 3. den Vertrag nicht unverbindlich macht. Darum ist die Entscheidung des Ober-Tribunals vom 8. Januar 1848 (Bd. 16. S. 101.), nach welcher eine Unterlassung, wie die hier gerügte, den Vertrag an sich nicht vernichtet, für den vorliegenden Fall völlig anwendbar, wenn auch die factische Grundlage eine zum Theil andere ist. Aus denselben Gründen ist der von den Klägern geltend gemachte

Einwand, daß in dem Protocolle keine Angabe enthalten sei, daß und wie der zugezogene Unterschriftsbeistand der Unterkreuzung und Genehmigung desselben beigewohnt hat, unerheblich. — (Präjudiz 2065.) — Auf den von den Verklagten darüber, daß die Zuziehung ordnungsmäßig erfolgt sei, angetretenen Beweis kann es somit um so weniger ankommen, als von den Klägern nicht einmal behauptet worden, daß der Beistand nicht bei der Verhandlung zugezogen worden. — §. 126. A. G. O. Thl. I. Tit. 10. — Durch diese Ausführung widerlegt sich sonach die Ansicht des ersten Richters, während für die Entscheidung selbst, sowohl in conventione als in reconventione, die Erwägung maaßgebend erscheint, daß, trotz der Mangelhaftigkeit des Vertrages vom 14. December 1838, in sofern daraus keine Stütze für die erhobene Vindications-Klage sich ergiebt, als unbezweifelt das noch jetzt im Besitze der Verklagten befindliche streitige Grundstück an diese mit dem Willen der klägerischen Erblasser gediehen ist, also die für die eine Vindication erforderliche Voraussetzung des §. 1. A. L. R. Thl. I. Tit. 15. fehlt.

War sonach nur die persönliche Klage wegen Aufhebung jenes Vertrages anzustellen, und erst einer solchen gegenüber die Widerklage in Betracht zu ziehen, so rechtfertigt sich die für beide ausgesprochene Zurückweisung in angebrachter Art.

№ 5.

Conventional-Strafe.

Findet die Forderung einer Conventional-Strafe statt, welche in einem Vertrage, dessen Rechtsgültig-

keit durch die Zustimmung einer dritten Person bedingt ist, für den Fall bestimmt worden, daß einer der Contrahenten die übernommene Verpflichtung, die Zustimmung des Dritten zu bewirken, nicht erfüllt?
A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §§. 307. und 310.

Die Parteien haben unter dem 12. März 1852 außergerichtlich einen Vertrag geschlossen, durch welchen der Verklagte das ihm und seiner Ehefrau gemeinschaftlich zugehörige, zu R. belegene, Grundstück dem Kläger verkauft hat. Der Vertrag enthält alle wesentlichen Erfordernisse eines Kaufgeschäfts; die Ehefrau des Verkäufers ist bei dem Abschlusse des Vertrages nicht zugezogen, in dem §. 10. aber folgende Bestimmung getroffen:

> Wegen Mitvollziehung dieses Vertrages von Seiten der Ehegattin des Verkäufers, Louise geborenen K., und deren nöthigen Unterschrift haftet Verkäufer für dieselbe bei einer Conventional-Strafe von 200 Thlr.

Der Verklagte hat die Unterschrift seiner Ehefrau nicht bewirkt, vielmehr erklärt, daß er seine Ehefrau nicht bewegen könne, dem Vertrage beizutreten, und daß er selbst an den Vertrag nicht gebunden sein wolle. Kläger hat in Folge dessen Zahlung der im §. 10. stipulirten Conventional-Strafe gefordert. Der Verklagte widersprach dem Klageantrage und setzte außer Anderm den Einwand entgegen, daß der Vertrag, weil er die Veräußerung eines ihm und seiner Ehefrau gemeinschaftlich zugehörigen Grundstücks betreffe, ungültig und nicht klagbar sei und deshalb auch nicht Zahlung der Conventional-Strafe gefordert werden könne.

Diesem, auf §. 310. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. gestützten Einwande entsprechend, ward auch der Kläger durch

das Urtel des Kreisgerichts zu Ortelsburg vom 30. November 1855 mit der Klage abgewiesen. Auf eingelegte Appellation ist jedoch von dem Appellations-Gerichte zu Königsberg unter dem 23. Mai 1856 abändernd dahin erkannt: daß Verklagter zur Zahlung von 200 Thlr. mit fünf Procent Verzugszinsen seit dem 23. August 1855 schuldig.

Der Appellations-Richter erkennt an, daß der abgeschlossene Vertrag, in so weit durch solchen das bezeichnete Grundstück verkauft worden, nicht rechtsverbindlich sei, weil das Grundstück gemeinschaftliches Eigenthum des Verkäufers und dessen Ehefrau und der Erstere nicht befugt gewesen, das Grundstück ohne Einwilligung seiner Ehefrau zu verkaufen. Der Appellations-Richter will aber den §. 310. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. auf die im §. 10. des Vertrages durch den Verklagten eingegangene Verpflichtung nicht angewandt wissen. Hier — ist ausgeführt — hätten die Parteien nicht über ein der Dispositionsbefugniß des Verklagten entzogenes Vermögens-Object, sondern über eine genau bestimmte Handlung eines Dritten paciscirt. Der §. 10. bilde sonach einen in sich selbstständigen Vertrag, in welchem der Verklagte als der Verpflichtete erscheine und welchem der Umstand, daß er mit dem ungültigen Kaufgeschäfte uno actu verhandelt sei, von seiner Gültigkeit nichts benehme. Die in Rede stehende Conventional-Strafe beziehe sich nicht auf den unklagbaren Vertrag vom 12. März 1852, sondern auf ein von demselben unabhängiges an sich rechtsbeständiges Geschäft. Der Appellations-Richter hat sodann weiter ausgeführt, daß nach dem im §. 45. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. aufgestellten Grundsatze der Verklagte zur Zahlung der Conventional-Strafe verpflichtet sei.

Der Verklagte hat die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt; diese ist jedoch durch Erkenntniß des dritten Se-

nats des Ober-Tribunals vom 5. December 1856 zurückgewiesen worden.

Gründe.

In der Nichtigkeits-Beschwerde ist der Grundsatz aufgestellt, daß, wenn dem Berechtigten wegen der den eigentlichen Gegenstand eines Vertrages bildenden Haupt-Obligation eine Klage nicht zustehe, sei es, weil dieselbe bereits getilgt, oder weil sie überhaupt nicht rechtsgültig constituirt worden, auch wegen der Accessionen und der etwaigen Nebenabreden eine besondere Actio nicht gewährt werde. Die in den §§. 307. und 310. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. gegebenen Vorschriften werden als nothwendige Consequenzen dieses allgemeinen Grundsatzes bezeichnet.

Im Allgemeinen kann dieser Grundsatz als richtig anerkannt werden. Um aber für denselben practische Bedeutung auf den vorliegenden Fall in Anspruch nehmen zu können, muß dargethan werden, daß die Voraussetzungen, auf welchen dieser Grundsatz beruht, vorhanden sind, daß also die Verpflichtung, auf deren Nichterfüllung in dem §. 10. des Vertrages vom 12. März 1852 die Zahlung der Conventional-Strafe vorbedungen ist, ein Accessorium, eine Nebenabrede darstelle. Dies hat aber der Appellations-Richter nicht angenommen, und daß dies richtig sei, darin muß demselben beigetreten werden.

Die Contrahenten sind sich beim Abschluß des Vertrages völlig bewußt gewesen, daß der verabredete Kauf ohne Einwilligung der Ehefrau des Verkäufers keine rechtliche Gültigkeit habe. Eben deshalb hat der Verklagte in dem §. 10. des Vertrages die Verpflichtung übernommen, für die Einwilligung seiner Ehefrau zu dem geschlossenen Kaufgeschäfte bei einer Conventional-Strafe von 200 Thlr. haften zu wollen. Diese im §. 10. getroffene Bestimmung

hatte sonach nur eine vorbereitende Handlung zum Gegenstande, eine Handlung, welche erforderlich war, dem beabsichtigten Kauf-Geschäfte rechtliche Gültigkeit zu verschaffen; es war dies lediglich Mittel zum Zwecke, um zur rechtlichen Gültigkeit des Rechtsgeschäfts zu gelangen. In diesem Sinne hat daher der Appellations-Richter Recht, wenn er geltend macht, daß sich die in Rede stehende Conventional-Strafe nicht auf den unklagbaren Vertrag vom 12. März 1852, sondern auf ein von demselben unabhängiges, an sich rechtsbeständiges Geschäft beziehe. Die Stipulation in dem §. 10. des Vertrages liegt ganz außer den Grenzen des verabredeten Kaufgeschäfts, sie sollte erst zur Gültigkeit des Kaufgeschäfts hinführen. Daß diese Stipulation in den Vertrag selbst aufgenommen ist und, wie eingeräumt werden kann, zu dem Kaufgeschäft in einer inneren Beziehung steht, kann hierin nichts ändern und nicht zu der Folgerung berechtigen, daß, weil eine Klage auf Erfüllung des an sich nicht rechtsbeständigen Kaufgeschäfts nicht zulässig ist, deshalb auch die Klage auf Leistung der in Beziehung einer wesentlich hiervon verschiedenen Verbindlichkeit stipulirten Conventional-Strafe zurückgewiesen werden müsse.

Die unbegründete Nichtigkeits-Beschwerde hat sonach zurückgewiesen werden müssen.

№ 6.

Reugeld.

In welchen Fällen kann, wenn die Erfüllung des Vertrages von dem einen Contrahenten verwei-

gert wird, ohne Weiteres auf Zahlung des Reugeldes, und in welchem Falle muß die Klage gegen den Zurücktretenden gleichzeitig auf Erfüllung des Vertrages oder auf Entrichtung der Strafe gerichtet werden?

A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §§. 314., 315., 316.

Die Parteien haben unter dem 26. October 1854 einen Pachtvertrag abgeschlossen, als dessen Gegenstand in dem §. 1. die Gastwirthschaft nebst dem dazu gehörigen Lande, den Wirthschaftsgebäuden, Insthause und Garten bezeichnet ist. Es ist der Pachtzins auf 150 Thlr. bestimmt und im §. 2. gesagt, daß die Pacht vom 1. December 1854 bis zum 1. April 1864 dauere. In den §§. 3, 4. u. 5. sind aber die Pachtgegenstände getrennt behandelt. Der §. 3. bezieht sich auf die Gastwirthschaft; es ist bestimmt, daß für diese eine jährliche Pacht von 60 Thlrn und zwar halbjährlich praenumerando am 1. December und 1. Juni jedes Jahres gezahlt werden soll. Die §§. 4. u. 5. haben die Pacht der Ländereien zum Gegenstande. Es ist hinsichtlich dieser ein besonderes Uebereinkommen dahin getroffen, daß die Pacht erst vom 1. April 1855 beginnen und Pächter eine Pacht von jährlich 90 Thlrn., und zwar in halbjährigen Raten, zahlen, auch Pächter die Caution von 200 Thlrn. bei Uebergabe des Landes bestellen solle. Der §. 19. lautet dahin:

Ueber die Verpachtung ist beider Seits ein Vadium oder Reugeld von 100 Thlrn. festgestellt, welches der zurücktretende Theil dem Anderen in Nichterfüllung dieser Verpflichtung resp. Verbindlichkeit nachkommen sollte, (sic!) sofort zu zahlen verbunden bleibt.

Das Pachtverhältniß ist nicht zur Ausführung gekommen. Der klagende Pächter hält sich deshalb berechtigt, Zahlung des verheißenen Reugeldes mit fünf Procent Zinsen seit dem Tage der insinuirten Klage zu fordern.

Die Veranlassung, daß das Pachtgeschäft nicht zur Ausführung gekommen, ist darin zu suchen, daß der Verklagte bereits unter dem 12. October 1854, also kurze Zeit vor Abschluß des Pachtvertrages, die Gastwirthschaft nebst vier Morgen Land auf die Dauer von drei Jahren einem gewissen B. verpachtet hat. Kläger behauptet in der Klage, es habe sich dies erst nach Abschluß des Pachtvertrages herausgestellt; der Verklagte behauptet dagegen, daß der Kläger hiervon schon vorher Kenntniß gehabt, hat hierüber Zeugenbeweis angetreten und insbesondere auch auf den §. 21. des Pachtvertrages verwiesen, wo gesagt ist: die Entschädigung, falls B. eine verlangen sollte, tragen beide Theile zur Hälfte.

In der Klage ist behauptet, daß obgleich Verklagter hiernach den Pachtvertrag nicht habe erfüllen können und somit die im §. 19. des Contracts stipulirte Strafe von 100 Thlrn. verfallen gewesen, so habe sich Kläger gleichwohl erboten, dem B. die Bewirthschaftung der Gastwirthschaft für die Dauer von drei Jahren zu belassen, im Uebrigen aber an den Pachtcontract gebunden zu sein. Demnächst habe er unter dem 26. Januar 1855 dem Verklagten geschrieben, daß er mit dem 1. April 1855 die Bewirthschaftung der Ländereien übernehmen würde. Der Verklagte habe hierauf unter dem 27. Januar geantwortet, daß er den Contract vom 26. October 1854 für null und nichtig halte und an denselben nicht gebunden sein wolle.

Der Verklagte hat anerkannt, daß Kläger ihn brieflich benachrichtigt, er wolle den abgeschlossenen Pachtvertrag

inne halten. Es soll dies jedoch nicht zu der von dem Kläger angegebenen Zeit, sondern erst Ende Februar geschehen sein. Der Verklagte macht indessen geltend, daß da das Pachtverhältniß am 1. December 1854 habe beginnen sollen und Kläger sich zu dieser Zeit nicht gemeldet, auch die nach §. 3. des Contracts praenumerando zu zahlende Pacht für das erste halbe Jahr mit 30 Thlrn. nicht gezahlt, sie nicht einmal zur Zahlung offerirt habe, so habe er (Verklagter) annehmen müssen, daß Kläger sich seiner Seits an den Vertrag nicht gebunden halte und dem Kläger deshalb brieflich erklärt, daß er (Verklagter) das Pachtverhältniß für aufgehoben betrachte.

Kläger seiner Seits behauptete dagegen, daß er sich allerdings am 1. December bei dem Verklagten eingefunden und die Uebergabe verlangt, Verklagter aber erklärt habe, daß er an den Pachtvertrag ferner nicht gebunden sein wolle.

Die Gerichts-Commission zu Rhein erkannte hierauf unter dem 11. September 1855 den Verklagten zur Zahlung des stipulirten Reugeldes schuldig; auf eingelegte Appellation ward jedoch diese Entscheidung durch das Urtel des Appellations-Gerichts zu Insterburg vom 21. April 1856 dahin geändert, daß Kläger mit seiner Klage angebrachtermaaßen abzuweisen.

Gegen diese Entscheidung legte der Kläger die Nichtigkeits-Beschwerde ein, diese ist auch in dem bei dem dritten Senate des Ober-Tribunals unter dem 12. December 1856 ergangenen Erkenntnisse für begründet angenommen, in der Sache selbst aber die Entscheidung des Appellations-Richters aufrecht erhalten.

Gründe.

Der Appellations-Richter will aus dem §. 314. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R., dahin lautend:

Ist eine Wandelpön verabredet, so hat der Verpflichtete die Wahl, ob er den Vertrag erfüllen, oder die Strafe entrichten wolle; —

gefolgert wissen, daß wenn die Erfüllung des Vertrages verweigert wird, der andere Contrahent nicht ohne Weiteres Zahlung des Reugeldes in Anspruch nehmen könne, sondern nur das Recht habe, gegen den Zurücktretenden auf Erfüllung des Vertrages oder auf Entrichtung der Strafe zu klagen.

In dieser Allgemeinheit ist jedoch der aufgestellte Grundsatz dem Gesetze nicht entsprechend. Es läßt sich dies weder aus den Worten des Gesetzes noch aus der rechtlichen Natur der Wandelpön folgern.

Daß für den berechtigten Contrahenten nicht eine unbedingte Verpflichtung vorhanden ist, in der angedeuteten Weise zu klagen, folgt schon aus den §§. 315. und 316. a. a. O. Denn nach §. 315. kann derjenige, welcher mit der Erfüllung schon den Anfang gemacht hat, wider den Willen des Anderen auch gegen Erlegung der Strafe nicht mehr zurücktreten. Und nach §. 316. kann, wer sich einmal schriftlich erklärt hat, statt der Erfüllung des Vertrages, die Wandelpön zu erlegen, wider den Willen des Anderen zur Erfüllung sich nicht mehr erbieten. In dem §. 316. ist zwar eine schriftliche Erklärung vorausgesetzt. Es handelt sich aber in dem vorliegenden Falle nicht um die Frage, ob der, welcher bloß mündlich die Erlegung der Wandelpön gewählt, und sich dahin erklärt hat, von dieser Erklärung zurücktreten könne? Die Frage ist vielmehr nur, ob der andere nach einer solchen mündlichen Erklärung nothwendig die alternative Klage auf Erfüllung oder Zahlung der Wandelpön anstellen muß, oder die Klage lediglich auf letztere richten kann? Und diese Frage muß dahin beantwor-

tet werden, daß der Andere lediglich auf Zahlung der Wandelpön klagen kann. Denn hat der Verpflichtete sich einmal, wenn auch nur mündlich, dahin ausgesprochen, daß er den Vertrag nicht erfüllen wolle, so kann der Natur der Sache nach nicht verlangt werden, daß der Berechtigte dennoch principaliter auf Erfüllung klage, er entspricht vielmehr vollständig dem Willen des Verpflichteten, wenn er lediglich auf Zahlung der Wandelpön klagt. Dem steht auch der §. 316. nicht entgegen. Der §. 316. läßt nur den Schluß zu, daß der, welcher sich blos mündlich erklärt hat, statt der Erfüllung des Vertrages die Wandelpön zu erlegen, sich immer noch, und zwar wider den Willen des Andern, zur Erfüllung erbieten könne. Dieses Erbieten kann aber der Andere abwarten; es gehört zu den Exceptionen des Verpflichteten und es kann dies auf die Formulirung der Klage keinen Einfluß haben. Der von dem Appellations-Richter aufgestellte Grundsatz kann sonach nur dann gelten, wenn der Verpflichtete noch überall keine Wahl getroffen hat. In einem solchen Falle versteht sich allerdings von selbst, daß nur in der angedeuteten Weise, also zugleich auf Erfüllung oder auf Zahlung des Reugeldes, geklagt werden kann, weil sonst das dem Verpflichteten gesetzlich zustehende Wahlrecht verletzt werden würde.

Hiernach muß der dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf, daß von ihm die §§. 314. und 316. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R. durch unrichtige Anwendung verletzt worden, für begründet anerkannt werden.

Der von dem Appellations-Richter noch außerdem aufgestellte Entscheidungsgrund ist schon an sich ohne Bedeutung, da der Kläger eine Klage auf Erfüllung des Vertrages gar nicht angestellt hat, und es daher nicht bedürfen kann, auf eine Erwägung darüber einzugehen, wie diese

Klage begründet werden muß. Der Entscheidungsgrund entspricht aber auch nicht dem Gesetze. Nach dem abgeschlossenen Pachtvertrage sollte zwar der Pachtzins halbjährig praenumerando gezahlt werden. Rechtlich versteht sich aber von selbst, daß mit der Uebergabe des Pachtgrundstücks begonnen werden mußte und die Zahlung des Pachtzinses nur Zug um Zug gefordert werden konnte. Der Fall liegt hiernach nicht so, daß dem Kläger mit Anwendung des §. 271. Thl. I. Tit. 5 des A. L. R. der Nachweis obgelegen haben würde, daß er dem Vertrage von seiner Seite ein Genüge geleistet habe. Die Thatsache, daß der Kläger, indem er Erfüllung des Vertrages gefordert, nicht sich zugleich zur Zahlung des Pachtzinses bereit erklärt, ist sonach ganz unerheblich und insoweit auch der §. 271. a. a. O. verletzt.

Wenn hiernach aber auch die Nichtigkeits-Beschwerde begründet ist, so mußte doch das Appellations-Urtel aufrecht erhalten werden.

Der §. 19. des Pachtvertrages ist zwar sehr unklar gefaßt und aus demselben mit Zuverlässigkeit nicht zu entnehmen, ob die Stipulation eines Reugeldes oder einer Conventionalstrafe beabsichtigt ist. Worauf indessen auch die Absicht der Contrahenten gerichtet gewesen sein mag, so viel ist zweifellos, daß dem Kläger ein Anspruch auf Zahlung des Reugeldes resp. der Conventional-Strafe nur dann zugestanden werden kann, wenn der Verklagte mit Willkür von dem Vertrage zurückgetreten, oder wenn ihm bei der Nichterfüllung des Vertrages ein zu vertretendes Versehen zur Last fällt. Diese Voraussetzungen sind aber nicht vorhanden. Unter den Parteien ist darüber kein Streit, daß bei Errichtung des Pachtvertrages vom 26. October 1854, die Gastwirthschaft nebst vier Morgen Land, durch einen am 12. October 1854 von dem Verklagten abgeschlossenen

Vertrag bereits einem gewissen B. verpachtet worden war, daß dies mit dem B. abgeschlossene Pachtgeschäft nicht rückgängig zu machen gewesen und hierin die Veranlassung zu finden ist, weshalb das mit dem Kläger eingegangene Pachtgeschäft nicht zur Ausführung gekommen. Nach Lage der Acten kann aber nicht bezweifelt werden, daß der Kläger von dem mit B. eingegangenen Pachtverhältniß bereits beim Abschluß des Pachtvertrages Kenntniß gehabt hat. Dies folgt schon aus dem §. 21. des Pachtvertrages, in welchem bestimmt ist, daß, falls B. Entschädigung verlangen sollte, diese beide Theile zur Hälfte tragen sollen. Dies wird aber auch durch das zu den Acten gekommene Schreiben des Klägers an den Verklagten ohne Datum, nach dem Postzeichen am 21. Februar 1855 abgegangen, bestätigt. In diesem Schreiben äußert sich der Kläger u. A. dahin:

> Wie machen wir es aber mit dem Herrn B.? Ich bitte Sie, geben Sie mir hierüber näheren Aufschluß und theilen Sie mir Ihre Meinung mit. Denn ich möchte das Ganze, so wie ich es gepachtet habe, auch übernehmen. Sagen Sie, wäre dies nicht möglich? und wenn ich auch schon wirklich die Entschädigung tragen müßte, so wäre es mir lieb, wenn ich gleich alles übernehmen könnte. —

In dieser Weise hätte sich Kläger nicht äußern können, wäre ihm das zwischen dem Verklagten und dem B. bestehende Pachtverhältniß beim Abschluß des Pachtvertrages unbekannt gewesen und hätte er jenes Pachtverhältniß als ein solches betrachtet, welches der Verklagte hätte beseitigen können und zu beseitigen verpflichtet gewesen wäre. Ist dies aber, so fehlt dem Anspruche auf Zahlung des Reugeldes oder der Conventional-Strafe die rechtliche Begründung. Unter dieser Voraussetzung läßt sich nicht behaup-

ten, daß der Verklagte aus freier Willkür von dem Vertrage zurückgetreten sei, oder daß dem Verklagten bei der Erfüllung des Vertrages ein zu vertretendes Versehen zur Last falle. Der Kläger will sich zwar, wie er behauptet, erboten haben, dem B. die Bewirthschaftung der Gastwirthschaft für die Dauer von 3 Jahren zu belassen und im Uebrigen an den Vertrag gebunden zu sein. Ein rechtlicher Anspruch, daß diesem Erbieten von dem Verklagten gewährt werde, stand jedoch dem Kläger nicht zur Seite, da der Pachtvertrag ein ungetheiltes Ganzes bildet, eben so wohl die Gastwirthschaft als die Ländereien zum Gegenstande hat und eine Theilung dieser Pachtgegenstände wider den Willen des Verpächters nicht gefördert werden konnte.

Da nun der Kläger durch das Appellations-Urtel nicht gänzlich, sondern nur angebrachtermaaßen abgewiesen worden, so hat Kläger keinen Grund zur Beschwerde, da er gänzlich hätte abgewiesen werden können; das Appellations-Urtel mußte deshalb aufrecht erhalten werden.

№ 7.

Zulässigkeit der Minderungs-Klage, nachdem die Wandelungs-Klage rechtskräftig verworfen worden.

A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §§. 325 ff.

Der Mühlenmeister W. zu Z. kaufte im Jahre 1852 von dem Fleischermeister G. daselbst einen Bullen und forderte von demselben im Wege des Processes wegen angeblicher Krankheit des Thieres die Erstattung des gezahlten

Kaufgeldes, so wie den Ersatz der auf dasselbe verwendeten Futterungskosten, wurde jedoch mit diesem Anspruche, weil die behauptete Krankheit für nicht dargethan angenommen ward, rechtskräftig abgewiesen.

Nachdem der Bulle inzwischen geschlachtet worden war, stellte W. eine neue Klage wider den G. an, worin er die Vergütigung des Minderwerths des Thieres nebst der Erstattung der Futterungskosten, so wie zugleich verschiedene andere Auslagen verlangte, und über die Krankheit des Bullen einen neuen Beweis antrat.

Durch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Zielenzig vom 26. März 1855 wurde die erhobene Klage auf Grund des dem Kläger von dem Verklagten entgegengesetzten Einwandes der rechtskräftig entschiedenen Sache verworfen, während das Appellations-Gericht zu Frankfurt mittelst Erkenntnisses vom 8. November 1855 jene Einrede für unbegründet erklärte.

Der Verklagte legte deshalb die Richtigkeits-Beschwerde ein und das angefochtene Urtel ist auch am 17. Juni 1856 von dem vierten Senate des Ober-Tribunals vernichtet worden.

Gründe.

Der vorige Richter verwirft den dem Kläger entgegengesetzten Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache aus folgenden Gründen:

Der Kläger habe in dem Vorprocesse von dem Verklagten, weil dieser ihm ein krankes Thier verkauft, die Zurücknahme desselben, so wie die Erstattung des Kaufgeldes gefordert und mithin den Kaufvertrag wegen nicht gehörig geleisteter Erfüllung desselben durch den Verklagten, bei dem Mangel einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft, für aufgehoben, so wie die daraus fließenden Folgen für eingetreten erachtet wissen wollen, indem er zur Rückgabe des

Bullen, wie er ihn empfangen, bereit und im Stande gewesen sei. Jetzt aber halte er an dem Fortbestande des Vertrages fest. Er verlange auf Grund desselben die Zurückgabe des Betrages des Kaufgeldes, welches er für das kranke Thier über dessen wahren Werth hinaus gezahlt und es liege mithin nunmehr nicht nur ein anderer Antrag, sondern auch ein anderes Fundament, als in dem früheren Processe, vor.

Der Implorant legt in dieser Hinsicht dem Appellations-Richter einen Verstoß gegen die §§. 65., 66. der Einleitung, so wie gegen §. 1. Tit. 16. Thl. I. der Allg. Ger. Ordn. zur Last und diese Rüge ist auch für begründet zu erachten.

Nach §. 325. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. ist der Empfänger, wenn der Sache ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften fehlen, auf deren Gewährung anzutragen und er ist, wenn ihm der Geber die fehlende Eigenschaft nicht zu gewähren vermag, nach §. 326. von dem Vertrage wieder abzugehen berechtigt. Doch muß er die Sache alsdann in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, zurückgeben — §. 328. — und wenn er dies nicht kann, oder nicht will, so behält es bei dem Contracte sein Bewenden und der Empfänger hat dem Geber nur soviel, als die Sache wegen der fehlenden Eigenschaft weniger werth ist, an Vergütigung zu zahlen. Auch finden, dem § 331. zufolge, eben diese Vorschriften bei einem nicht in die Augen fallenden Mangel gewöhnlich vorausgesetzter Eigenschaften Anwendung. Die Wahl zwischen der Wandelungs- und Minderungs-Klage bleibt hiernach ausgeschlossen, wenn der Empfänger sich nicht in der Lage befindet, die erhaltene Sache so, wie er sie empfangen hat, zurückgeben zu können, und sie steht demselben im umgekehrten Falle unbedingt zu, weil es als-

dann lediglich von seinem eigenen Entschlusse abhängt, ob er die Sache wirklich gegen Erstattung des gezahlten Kaufgeldes zurückgeben, oder ob er sie behalten und von dem Geber nur die Vergütigung des Minderwerths fordern will. Zur Begründung beider Klagen ist der Beweis der Existenz des behaupteten Fehlers erforderlich, während die Zulässigkeit der Wandelungs-Klage außerdem noch an die Bedingung geknüpft erscheint, daß der Empfänger die empfangene Sache in der Beschaffenheit, wie er sie erhalten hat, dem Geber zurückzugewähren vermag. Aus dieser Natur beider Klagen, sowie aus ihrem gegenseitigen Verhältnisse zu einander folgt, daß es dem Empfänger, wenn er mit der Wandelungs-Klage rechtskräftig abgewiesen worden ist, weil er jene Bedingung nicht zu erfüllen im Stande war, unverschränkt bleiben muß, demnächst noch zur Anstrengung der Minderungs-Klage zu schreiten. Zugleich ergiebt sich aber daraus, daß sich die Letztere nicht mehr für zulässig erachten läßt, wenn die Verwerfung der Wandelungs-Klage lediglich wegen nicht geführten Beweises der wirklichen Existenz des gerügten Gewährsmangels stattgefunden hat. Denn in dem ersteren Falle trifft die ergangene Entscheidung das Wahlrecht selbst, welches dem Empfänger eben nur unter der angegebenen Bedingung zukömmt. Wird die erhobene Wandelungs-Klage zurückgewiesen, weil sich nicht annehmen lasse, daß er die Sache, wie er sie erhalten, zurückgeben könne, so ist damit zugleich festgestellt, daß er die Wandelungs-Klage nicht wählen durfte, folglich überhaupt zu einer zwischen beiden Klagen zu treffenden Wahl gar nicht berechtigt war und er ist mithin auf die Minderungs-Klage als auf den allein zulässigen Weg der Verfolgung seiner Ansprüche gegen den Geber, wegen des behaupteten Gewährsmangels, hingewiesen.

Anders verhält es sich dagegen mit dem zweiten Falle, wenn er die Wandelungs-Klage gewählt hat, ohne daran durch den Mangel der obigen Bedingung rechtlich verhindert gewesen zu sein und wenn er mit derselben als beweisfällig abgewiesen worden ist. Beide Klagen haben ein gemeinsames Fundament. Es besteht in dem geschlossenen Vertrage, so wie in dem Mangel der als fehlend gerügten und ausdrücklich vorbedungenen oder stillschweigend vorausgesetzten Eigenschaft und weder die Entschließung des Empfängers zur Anstrengung der einen oder der anderen Klage, noch auch die Möglichkeit der Zurückgabe des betreffenden Gegenstandes in einer bestimmten Beschaffenheit, kann zu dem eigentlichen Klagegrunde gerechnet werden.

Das Gesetz läßt dem Empfänger unter der angegebenen Voraussetzung nur die Wahl zwischen zwei verschiedenen, aus demselben Fundamente abzuleitenden Ansprüchen und gerade deshalb wird die eine Klage durch die andere in dem bezeichneten Falle ausgeschlossen und es kann dem Empfänger, der bei unbeschränkter Wahl einmal die Wandelungs-Klage gewählt hat, wenn dieselbe, wie hier, rechtskräftig deshalb verworfen worden ist, weil er den Beweis des gerügten Mangels nicht zu führen im Stande war, keinen Falles gestattet sein, demnächst noch die Minderungs-Klage anzustrengen und dabei, wie Kläger gethan, die in dem früheren Processe für nicht bewiesen erachteten Gewährsmängel aufs Neue unter Beweis zu stellen, um auf diesem Wege die Wirkungen einer Entscheidung, der er in Folge der von ihm selbst getroffenen Wahl definitiv unterworfen bleiben muß, zu vereiteln.

Das Erkenntniß vom 12. Juli 1853 steht sonach dem Kläger allerdings dergestalt entgegen, daß er mit seiner jetzigen Klage nicht weiter gehört werden durfte und der

Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache ist in der That für durchgreifend zu erachten. Das angefochtene Erkenntniß war unter diesen Umständen wegen Verletzung der obigen, die Wirkungen eines Judicats betreffenden Vorschriften zu vernichten und es ergiebt sich daraus zugleich, daß das erste Urtel bestätigt werden mußte.

№ 8.

Possessorien-Klage.

In wiefern steht auch dem unrechtfertigen Besitzer die Possessorien-Klage zu?

A. L. R. Thl. I. Tit. 7. §§. 14 ff.

A. G. O. Thl. I. Tit. 31. §. 14.

Der Gutsbesitzer L. wollte von jeher das Heu von seiner brüchigen Wiese auf den trockenen Theil der daran stoßenden Wiese des Gutsbesitzers F. gebracht, dort getrocknet und dann abgefahren haben, bis er neuerdings dabei gepfändet worden, weshalb er Schutz im Besitz verlangte. Verklagter bestritt den klägerischen Besitz und berief sich auf einen vorgelegten Receß von 1836, worin das Recht, in dessen Besitz der Kläger sein wolle, nicht vorbehalten, ein Besitz wider den Receß aber nicht statthaft sei. — Auf Grund dessen hat das Kreisgericht zu Schlochau, ohne die zur Stelle gebrachten Zeugen über den klägerischen Besitz zu vernehmen, am 29. Juli 1856 auf Abweisung des Klägers erkannt. Denn, um zu entscheiden, ob die Pfändung ein Act unerlaubter Privatgewalt gewesen und also der ver-

lorene Besitz wiederherzustellen sei, müsse die Berechtigung des Verklagten zur Pfändung geprüft werden. Auf Grund des Recesses müsse die Pfändung aber für gerechtfertigt erachtet werden. In Gemäßheit des Recesses und des §. 170. der Verordnung vom 20. Juni 1817 gelte nämlich das Recht des Klägers, selbst, wenn es schon zur Zeit des Abschlusses des Recesses vorhanden gewesen wäre, für aufgehoben, und der Erwerb eines solchen Rechts gegen den Receß könne redlicher Weise nur auf Grund richterlicher Entscheidung in dem durch §. 3. Tit. 22. Thl. I. A. L. R. vorgeschriebenen Verfahren erlangt werden. Wenn sich Kläger nichtsdestoweniger in den Besitz jenes Rechtes setzte, so wäre er, da er Verjährungsbesitz nicht habe erlangen können, nur unrechtfertiger Besitzer. Er könne deshalb, gleich dem unredlichen, nicht gegen die Ausübung eines Eigenthumsrechts geschützt werden.

Der Kläger erhob hiergegen die Nichtigkeits-Beschwerde, indem er unter Anderem die Verletzung der §§. 14. 146 ff. Tit. 7. Thl. I. A. L. R. und des §. 14. Tit. 31. Thl. I. A. G. O. rügte. Dieser Angriff wurde vom dritten Senate des Ober-Tribunals für begründet erachtet und am 9. Januar 1857, unter Vernichtung der angefochtenen Entscheidung, die Sache selbst zur ersten Instanz verwiesen, um nach vorgängiger Beweisaufnahme über den zeitherigen Besitz anderweitig zu erkennen.

Gründe.

Von den mehrfachen Angriffen ist nur der aus den §§. 14. 146 ff. Tit. 7. Thl. I. A. L. R. und §. 14. Tit. 31. der Proceß-Ordnung entnommene Vorwurf begründet. Der vorige Richter will nämlich den Kläger, welchen er als einen unrechtfertigen Besitzer erachtet, eben so wenig wie einen unredlichen schützen. Mag aber immerhin,

wie der vorige Richter ebenfalls annimmt, obschon dies **nicht** unbestritten ist (vergl. Entscheid. Bd. 27. S. 219, Arnsberger Archiv Bd. 14. S. 561.) und Archiv für Rechtsfälle Bd. II. S. 366.) der unrechtfertige Besitzer nicht usucapiren können, so afficirt dessen Irrthum in der Gültigkeit seines Besitztitels doch weder dessen Redlichkeit, noch die Eigenschaft des vollständigen Besitzes, zumal der böse Glaube, die Unredlichkeit, vom Begriffe des unrechtfertigen Besitzes eben so verschieden ist, als Wissen und Irrthum, welche beiden Begriffe sich gegenseitig ausschließen. Daß aber nur der mala fides, dem offenbar unredlichen Besitze, der possessorische Schutz versagt soll, besagt ganz deutlich der §. 14. Tit. 31. der Proceß-Ordnung. Dazu kommt, daß die von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes verschiedene Frage, ob der Erwerb desselben ein rechtmäßiger sei, in das Possessorium gar nicht hineingezogen werden darf. (Justiz-Minist.-Blatt Bd. 16. S. 106. Nr. 28.)

Erscheint hiernach die angefochtene Entscheidung als hinfällig und ergiebt sich zugleich, daß der vom Verklagten in Bezug genommene Receß, als auf Unrechtfertigkeit des klägerischen Besitzes hinführend, hier außer Betracht bleibt, so bedarf es nur der Vernehmung der vom Kläger über die zeitherige Besitzausübung benannten Zeugen, wobei dem Verklagten darzulegen unbenommen bleibt, daß — wie er behauptet — jene Ausübung nur heimlich geschehen sei. Sonach muß, unter Vernichtung der ergangenen Entscheidung, die Sache Behufs der Beweisaufnahme zur ersten Instanz verwiesen werden.

№ 9.

Possessorien-Klage.

Ob der possessorische Schutz für den Besitz eines negativen Rechtes dadurch ausgeschlossen wird, daß dabei secundär eine Handlung des Verpflichteten in Betracht kommt?

A. L. R. Thl. I. Tit. 7. §§. 80. und 81.

Der Gutsbesitzer S. wollte, ebenso wie seine Besitzvorfahren, einen über das Grundstück des Gutsbesitzers W. führenden Weg benutzt haben. Derselbe ist zwar unfern des Gehöftes des Letzteren mit einem verschließbaren und 40 bis 50 Schritt dahinter mit einem unverschlossenen Thore versehen. Jenes soll aber, wenn es verschlossen gewesen, stets unweigerlich geöffnet worden sein. Neuerlich hat nun der W. den S. und dessen Leute nicht mehr jenen Weg benutzen lassen wollen, sie vielmehr, auch unter verweigerter Oeffnung des verschließbaren Thorweges, gepfändet. Deshalb hat S. auf Schutz im Besitze der Wegebenutzung und zugleich darauf geklagt, daß Verklagter jenen Thorweg auf jedesmaliges Verlangen öffne. Verklagter bestritt den klägerischen Besitz mit dem Bemerken, daß das Thor nur bittweise geöffnet worden sei. Es wurden die beiderseits benannten Zeugen verhört, worauf das Kreisgericht zu Tilsit am 24. Juli 1846 den Kläger abwies, weil derselbe nicht nur Schutz im Besitze eines negativen Rechts, einer Wegegerechtigkeit, sondern auch zugleich eines affirmativen Rechtes beanspruche, indem er verlange daß Verklagter zu einer Handlung verpflichtet werden soll, darin bestehend, daß er auf jedesmaliges Verlangen den qu. Thorweg öffne, wäh-

rend der Tit. 31. Thl. I. der Allg. Ger. Ord. sich nur auf negative und Untersagungs-Rechte, keineswegs aber auch auf affirmative Rechte beziehe, indem nirgends von Fortsetzung verweigerter Leistungen, sondern nur von wirklichen Störungen des letzten ruhigen Besitzstandes und Schutz gegen fernere Turbationen die Rede sei, auch aus den §§. 146. und 147. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R. hervorgehe, daß das possessorium summarissimum nicht zum Schutze eines jeden Rechtes und namentlich nicht zum Schutze affirmativer Rechte angewendet werden könne, da sich bei diesen eine Störung vi, clam oder precario nicht denken lasse.

Der Kläger griff diese Entscheidung mit dem Vorwurfe der Verletzung der §§. 80. und 81. Tit. 7. Thl. I. A. L. R. an. Diesen Angriff erachtete der dritte Senat des Ober-Tribunals für begründet und erkannte am 17. December 1856, unter Vernichtung des angefochtenen Urtels, dahin: daß der Kläger im Besitze der Benutzung des, von seinem Grundstücke über das Grundstück des Verklagten bei dessen Gehöfte vorbeiführenden, in die Dorfstraße von L. mündenden Weges zum Gehen, Fahren und Reiten zu schützen, und der Verklagte verbunden, sich jeder Störung des Klägers bei je 10 Thlr. Strafe zu enthalten, insbesondere auch dem Kläger und dessen Leuten auf jedesmaliges Erfordern den Schlüssel zur Oeffnung des unfern des Gehöftes des Verklagten befindlichen, zur Absperrung jenes Weges dienenden Thorweges herauszugeben.

G r ü n d e.

Selbst dann, wenn der Umstand, daß zur v o l l s t ä n d i g e n Ausübung des streitigen Wegerechts eine thätige Mitwirkung des Verklagten erforderlich ist, dazu angethan wäre, den Gesichtspunkt eines affirmativen Rechtes dabei geltend

zu machen, so würde derselbe dennoch bezüglich der beträchtlichen Strecke Weges, welche vor dem verschließbaren Thore liegt, nicht in Betracht kommen und in sofern hätte der vorige Richter unbedingt in Betreff dieser Wegestrecke zu Unrecht ein affirmatives Recht und den Besitz eines solchen unterstellt. Allein auch in Bezug der Strecke, welche mit dem verschließbaren Thore beginnt, läßt sich nicht ausschließlich, sondern nur secundär davon sprechen, daß eine Handlung des Verklagten in Betracht komme. Denn diese ist an sich nur Mittel zum Zwecke und das Wegerecht, resp. dessen Besitz ist nicht unbedingt davon abhängig, wie daraus erhellt, daß, — weil das Thor oft nicht verschlossen gewesen — sehr häufig der ganze Weg nach Aussage der Zeugen ohne thätige Mitwirkung des Verklagten befahren wurde. So wie nun aber nach römischem Rechte ein Servitut nicht aufhörte, eine solche zu sein, weil der zeitige Besitzer dabei für seine Lebenszeit ein facere verheißen, oder solches an sich, wie bei der servitus oneris ferendi, zu leisten hatte, eben so wenig wird das negative Recht einer Wegegerechtsame zu einem affirmativen, weil auf dem Wege ein Thor liegt, dessen Oeffnung dem Verpflichteten obliegt. Auch hier kommt es auf die Hauptsache an und diese bildet bei der Wegegerechtsame das negative Moment. Erscheint sonach der aus den §§. 80. und 81. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R. erhobene Angriff als zutreffend, so muß unter Vernichtung des angefochtenen Urtels, der Verklagte im Allgemeinen nach dem Antrage des Klägers verurtheilt werden. Denn nach Aussage der Zeugen hat der Verklagte auf jedesmaliges Erfordern — nicht etwa auf bittliches Ansuchen — sobald das Thor verschlossen war, den Schlüssel herausgegeben. Dies muß er daher auch ferner thun und danach ist das Verlangen des Klägers, daß der

Verklagte das Thor auf jedesmaliges Verlangen öffne, zu begrenzen. Denn daß dies durch ihn oder seine Leute stets bewirkt worden, ist nicht nachgewiesen.

№ 10.

Besitzstörung.

Unzulässigkeit der Besitzstörungs-Klage, wenn die Einwilligung in die, die Besitzstörung enthaltende Handlung auch nur mündlich ertheilt worden ist.

A. L. R. Thl. I. Tit. 7. §. 146 ff.

Kläger verlangte, weil die Verklagte, die Cöln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft, ohne Erlaubniß und Expropriation das Grundstück des Klägers Behufs des Eisenbahnbaues angegriffen haben soll, possessorischen Schutz; Verklagte wandte ein, Kläger habe durch seinen großjährigen Sohn, den er dazu beauftragt, den Angriff bewilligt und solches hinterher selbst genehmigt. Ueber diese gegenseitig bestrittene Thatsache war Beweis nicht erhoben; durch Erkenntniß des Kreisgerichts zu Wesel vom 20. Januar 1855 vielmehr nach dem Klageantrage erkannt, weil die angeblich mit dem Sohne des Klägers getroffene Vereinigung und die Genehmigung des Klägers nur mündlich ertheilt sei, sonach der gesetzlichen Form ermangle.

Die gegen diese Entscheidung eingewandte Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem dritten Senate des Ober-Tribunals für begründet erachtet und demzufolge durch Erkenntniß vom 8. Juni 1855 das erste Urtel vernichtet und die Aufnahme des Beweises veranlaßt.



Gründe.

Die das Possessorium bedingende Turbation setzt eine durch Gewalt, List, heimlich oder bittweise erfolgte Besitzesentziehung oder Störung voraus. (§§. 146 ff. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R.) Davon kann aber nicht die Rede sein, wenn der angeblich Turbirte mit der als Störung bezeichneten Handlung sich im Voraus einverstanden erklärt, oder solche hinterher gutgeheißen, und dergestalt durch seine Einwilligung zu erkennen gegeben hat, daß jene vitia possessionis nicht vorhanden seien. Ob dieser Consens in einer bestimmten, z. B. notariellen oder schriftlichen, Form ertheilt worden, ist für das Possessorium gleichgültig, weil auch durch die, nur mündlich erfolgte Beistimmung der Begriff der Gewalt, List und Heimlichkeit ausgeschlossen wird, die weitere Rechtsverbindlichkeit aber nicht im Possessorien-, sondern im Petitorien-Processe zu untersuchen bleibt. Wenn nun der vorige Richter, lediglich wegen der fehlenden schriftlichen Form, die behauptete Zustimmung des Klägers zu der auf seinem Grundstücke von der Verklagten vorgenommenen Besitzhandlung unbeachtet gelassen hat, so verletzt er die §§. 146 ff. a. a. O. und seine Entscheidung erscheint als hinfällig, während in der Sache selbst der über jene Zustimmung angetretene Beweis zu erheben ist.

№ 11.

Executions-Recht der Königl. Regierungen.

In wiefern ist über executivische Maaßregeln der Königlichen Regierungen gegen einen angeblichen

Pächter fiscalischer Grundstücke die Possessorien-Klage zulässig?

Verordnung vom 26. December 1808 §. 42. Nr. 4. u. 5. (Ges. Samml. v. 1806—1810 S. 475. 476.)

Der Kläger besaß das Grundstück Nr. 51. zu S. und mit demselben ein Stück fiscalischen Forstlandes gegen einen jährlichen Zins von 3 Thlr. 18 Sgr. Jenes Grundstück wurde subhastirt und mit Ausschluß des Forstlandes dem Sch. zugeschlagen. Das Letztere, welches der Kläger ebenso, wie seine Besitzvorfahren seit 1797, in Erbpacht besessen und benutzt haben will, wollte sich der Sch., resp. dessen Pächter, anmaaßen; derselbe hat jedoch bei einem deshalb vom Kläger erhobenen Possessorium unterlegen. Neuerdings hat ihm nun der Fiscus Genuß und Besitz des beregten Forstlandes entzogen, weshalb er gegen diesen possessorischen Schutz verlangte. — Fiscus excipirte, es handle sich um eine Zeitpacht, bei der man die Ländereien immer bei denselben Grundstücken belassen habe, um deren Besitzer zu unterstützen, und der Kläger, der selbst anerkannt haben soll, daß die Pacht abgelaufen sei, indem er um deren Verlängerung gebeten habe, was ihm jedoch nicht gewährt worden, könne an sich und zufolge §. 42. Nr. 4. und 5. der Verordnung vom 26. December 1808 wider den Fiscus nicht possessorisch klagen. Dabei wurde die vom Kläger behauptete Holznutzung bestritten und nur das Streusammeln zugegeben.

Nach Vorlegung mehrerer Schriftstücke hat hierauf das Kreisgericht zu Trebnitz am 6. Mai 1856 wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges den Kläger abgewiesen. Denn dieser habe anerkannt, daß er das qu. Stück Land von der Königlichen Regierung nur in Pacht habe. Dadurch aber,

daß er die Verlängerung der Pacht nachgesucht, gebe er zu, daß das Pachtverhältniß zu Ende sei. Die Königliche Regierung habe nun die Verlängerung des Pachtverhältnisses abgeschlagen, und die desfallsige Resolution durch die Pfändung der Axt und die Untersagung der Benutzung des qu. Stück Forstlandes vollstrecken lassen. Hiergegen sei keine Possessorien-Klage zulässig, vielmehr müsse es bei den getroffenen Maaßregeln so lange verbleiben, bis die Sache in petitorio völlig rechtskräftig entschieden sei. (§. 42. Nr. 5. der Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-Polizei und Finanz-Behörden vom 26. December 1808, als Beilage zur Instruction für die Regierungen vom 23. October 1817 — Ges. S. für 1817 S. 282 ff.)

Der Kläger hielt hierdurch den §. 42. a. a. O., die §§. 81. 82. Tit. 14. Thl. II. des A. L. R. und den §. 1. der Einleitung zur Allgem. Ger. Ordn. für verletzt. Diesen Angriff erachtete der dritte Senat des Ober-Tribunals für gerechtfertigt, sprach unter dem 24. October 1856 die Vernichtung des ersten Erkenntnisses aus, und ordnete in der Sache selbst noch eine Beweisaufnahme an. Die

Gründe

dieser Entscheidung lauten:

Von dem allgemeinen Grundsatze, daß alle Privat-Rechtsstreitigkeiten, auch wenn der Fiscus dabei betheiligt ist, dem ordentlichen Rechtswege unterliegen (§§. 81. 82. Tit. 14. Thl. II. des A. L. R. und §. 1. der Einleitung zur Proceß-Ordnung) tritt nach §. 42. Nr. 4. der Verordnung vom 26. December 1808 eine Ausnahme insofern ein, als der Fiscus die Verpflichtung seiner Pächter zur Räumung nach abgelaufener Pachtzeit, auf Grund einer summarischen Untersuchung, durch eine Resolution selbst festsetzen und diese vollstrecken lassen darf, ohne daß dawider eine

Possessorien-Klage stattfindet. Diese Ausnahme greift aber einer Seits nur Platz, wenn wirklich ein bloßes Zeitpachtverhältniß obgewaltet, wie dies auch der Königliche Competenz-Gerichthof in einem Falle, worin ebenfalls die Existenz eines Pachtverhältnisses behauptet wurde, erst neuerdings anerkannt hat (Just.-Minist.-Blatt XVII. S. 108.) und wenn anderer Seits eine, bezüglich der Räumung, nach vorgängiger summarischer Untersuchung, erlassene Resolution der Königlichen Regierung vorliegt. Weder das Eine, noch das Andere ist im gegenwärtigen Falle vorhanden. Zwar sagt der vorige Richter, der Kläger habe selbst die Existenz eines Pachtverhältnisses anerkannt; allein von einer Zeitpacht stellt der Richter nichts fest, und er konnte dies auch bei der Behauptung des Klägers von einem seit ältester Zeit bestehenden Erbpachtsverhältnisse um so weniger thun, als der Fiscus selbst die langjährige Dauer anerkennt und es bekannten Rechtens ist, daß die Bezeichnung „Pacht" (locatio conductio) auch bei vererblichen Bauergütern von jeher Anwendung gefunden hat. (Vergl. das Arnsberger Archiv Bd. 10. S. 129. 130.) Was aber das andere Erforderniß anlangt, so bemerkt der vorige Richter bloß, daß dem Kläger durch Regierungs-Resolution vom 21. April 1855 die erbetene Pachtverlängerung abgeschlagen sei. Abgesehen davon, daß dies nicht ganz zutreffend erscheint, so fehlt es doch gänzlich an einer summarischen Untersuchung Seitens der Verwaltungs-Behörde, ob die Pachtzeit des Klägers abgelaufen, und an einer Resolution, daß dies der Fall und deshalb der Kläger zur Räumung verpflichtet sei. In Ermangelung dessen, war die Execution gegen den Kläger unstatthaft und die Voraussetzung nicht vorhanden, unter der ihm der possessorische Schutz zu versagen wäre. Somit

erscheint die, denselben ablehnende Entscheidung des angefochtenen Urtels als hinfällig.

In der Sache selbst würde dem Antrage des Klägers, da sein Pachtbesitz feststeht und ebenso, daß er solchen nicht durch Subhastation des Grundstücks Nr. 51. zu S. verloren hat, zu entsprechen sein, wenn nicht die Ausübung der Holznutzung ausdrücklich bestritten wäre. In dieser Beziehung muß also der angetretene Beweis erhoben und demnächst anderweit in erster Instanz erkannt werden.

№ 12.

Privatfluß. Benutzung desselben.

In wiefern kann das Recht des Adjacenten eines Privatflusses, das vorüberfließende Wasser desselben nach Maaßgabe des Gesetzes vom 28. Februar 1843 mit Hülfe von Stauungs-Anlagen zu benuzzen, dadurch ausgeschlossen werden, daß ein anderer Grundeigenthümer in seinem Interesse diese Stauungs-Anlagen ohne Widerspruch der Stauenden durch rechtsverjährte Zeit beseitigte?

A. L. R. Thl. I. Tit. 8. §. 99., Tit. 7. §§. 106 ff.
Gesetz vom 28. Februar 1843 wegen Benutzung der Privatflüsse §§. 1., 13. (Ges. Samml. S. 41 ff.)

In dem Schwarze-Jägers-Flusse, — einem Privatflusse — haben seit einigen Jahren die Landwirthe L., K. und G. Stauwerke angelegt und bewässern mit dem aufgestaueten Wasser ihre anliegenden Wiesen. Colon H., der

Besitzer des Hücketeiches, der durch den genannten Fluß bewässert wird, machte ihnen die Befugniß zur Aufstauung und Benutzung desselben streitig. Derselbe stützte sich hierbei auf ein von seiner Vorbesitzerin wider die Vorbesitzer jener Adjacenten erstrittenes Possessorien-Urtel und den in diesem Prozeß geführten Zeugenbeweis. Nach dem Ausfall dieses Beweises hielt sich der Colon H. für berechtigt zu dem Antrage: die genannten Adjacenten zur Aufstauung des Wassers für nicht befugt zu erklären und zur Wegschaffung der angelegten Stauwerke zu verurtheilen.

In erster Instanz abgewiesen durch Erkenntniß der Kreisgerichts-Deputation zu Rietberg vom 5. December 1854, erstritt Kläger in zweiter Instanz eine obsiegliche Entscheidung, indem durch Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Paderborn vom 14. December 1855 das erste Urtel abgeändert und nach dem Antrage des Klägers erkannt wurde.

Auf erhobene Nichtigkeits-Beschwerde der Verklagten hat jedoch der dritte Senat des Ober-Tribunals am 15. September 1856 auf Vernichtung des Appellations-Urtels erkannt nnd das erste bestätigt.

Gründe.

Der Appellations-Richter verkennt nicht, daß das vom Kläger beigebrachte, nur in possessorio ergangene Judicat vom 29. April 1822 den Anspruch des Klägers und die ihm zu Grunde liegende Voraussetzung von seinem ausschliesslichen Recht auf Benutzung des Schwarzen-Jäger- oder Hücketeich-Flusses nicht zu rechtfertigen vermag. Derselbe findet aber dieses Recht durch das Resultat der im Vorprocesse stattgefundenen Beweisaufnahme begründet. Aus den Aussagen der darin abgehörten Zeugen ergebe sich nämlich zur vollständigen Evidenz: daß die Fürstlich Kaunitzsche Behörde durch die Aufseher des Hücketeiches, so wie dessen Pächter

und Erbpächter, fortwährend in einem Zeitraume von 30 Jahren, und zwar ohne Widerspruch der anwesenden Verklagten, die von diesen angebrachten Erdstaue fortgeschafft hätten, um dem Wasser den freien Lauf zum Hücketeich zu verschaffen, die Verklagten um Ueberlassung des Wassers mehrmals ersucht hätten, mehrmalige Reinigung des Flusses durch herrschaftliche Dienste vorgenommen und hierbei alle den Lauf des Wassers störende Gegenstände weggeschafft, auch mehrmals von der Fürstlichen Behörde durch öffentliche Bekanntmachung alle den Wasserlauf hemmende Anlagen bei Strafe untersagt worden seien. —

Der Appellations-Richter ist mit Rücksicht auf dieses Beweis-Resultat der Ansicht, daß die Vorschriften §. 99. Thl. I. Tit. 8. A. L. R., §. 106. Tit. 7. ebendaselbst zu Gunsten des Klägers in Anwendung kämen. Auf das Gesetz vom 28. Februar 1843 (Ges. Samml. S. 41 ff.) könnten sich die Verklagten demnach nicht berufen, weil das der Anwendung dieses Gesetzes entgegenstehende ausschließliche Recht an dem in Rede stehenden Privatflusse behauptet und nachgewiesen sei.

Mit Recht bezeichnen Imploranten diese Annahme als rechtsverletzend.

Der Appellations-Richter verkennt zunächst, daß durch das im Interesse der Landes-Cultur erlassene Gesetz vom 28. Februar 1843 die Vorschrift des §§. 99. Thl. I. Tit. 8. A. L. R. zu Gunsten der Grund-Eigenthümer und Adjacenten eines Privatflusses wesentlich modificirt worden ist, wie schon in dem Präjudiz des Königlichen Ober-Tribunals 1848 (Präjud.-Samml. S. 430.) anerkannt worden. Denn während dieser Paraprapy ganz allgemein und unbedingt disponirte:

daß in Privatflüssen zum Nachtheile der Nachbarn und

Ufer-Bewohner, durch Hemmung des Ablaufes derselben nichts unternommen oder verändert werden dürfe,

stellt §. 1. des Gesetzes vom 28. Februar 1843 die Regel auf:

daß jeder Ufer-Besitzer an Privatflüssen (Quellen, Bächen oder Flüssen, sowie Seen welche einen Abfluß haben) berechtigt sein solle, das an seinem Grundstücke vorüberfließende Wasser unter den in den §§. 13. u. f. enthaltenen näheren Bestimmungen zu seinem besonderen Vortheile zu benutzen.

Es macht von dieser Regel, abgesehen von vorhandenen Mühlen und anderen Triebwerken, nur dann eine Ausnahme:

„wenn Jemand das ausschließliche Eigenthum des Flusses hat,

oder:

Provinzial-Gesetze, Local-Statuten oder specielle Rechtstitel eine Ausnahme begründen."

Und die hiermit anerkannte Freiheit des Grund-Eigenthümers in dem Gebrauche und in der Benutzung des an seinem Grundstücke vorbeifließenden Wassers ist nach §. 13. des Gesetzes nur der Beschränkung unterworfen, daß

1) kein Rückstau über die Grenzen des eignen Grundstücks hinaus und keine Ueberschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke verursacht werde, und

2) das abgeleitete Wasser in das ursprüngliche Bett des Flusses zurückgeleitet werden müsse, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstücks berühre.

Hiernach hat der Appellations-Richter den vorliegenden Fall mit Unrecht nach dem §. 99. Tit. 8. Thl. I. A. L. R. beurtheilt. Er mußte vielmehr untersuchen, ob das Gesetz vom 28. Februar 1843 dem Verklagten zur Seite oder entgegen-

stehe, und diese Frage aus dem Gesetze selbst beantworten. Er würde dann gefunden haben, daß die wesentlich auf §. 99. Tit. 8. und §. 107. Tit. 7. gegründete Annahme: daß dem Kläger ein ausschließliches Recht an dem in Rede stehenden Privatflusse zustehe, eine ganz ungerechtfertigte ist. Denn wenn nach der älteren Gesetzgebung (§. 99. Tit. 8. a. a. O.) auch in Privatflüssen, zum Nachtheile der Nachbaren und Uferbewohner, durch Hemmung des Ablaufs derselben nichts unternommen oder verändert werden durfte, so stellen sich alle Handlungen, welche gegen solche Hemmungen gerichtet sind, zunächst als Folgen jener Gesetzgebung dar. Die Uferbesitzer mußten sich solche Handlungen, auch wenn sie nicht auf Grund eines speciellen Rechtstitels erfolgten, gefallen lassen, weil die damals bestehende Gesetzgebung ihnen ein Recht zum Widerspruch nicht einräumte. Diese Handlungen können daher auch nicht nach den §§. 106 ff. Tit. 7. beurtheilt werden, und überhaupt keinen über die ältere Gesetzgebung hinausgehenden Anspruch begründen, es werde denn nachgewiesen, daß sie nicht bloß auf Grund jener Gesetzgebung, sondern auf Grund eines speciellen Titels vorgenommen sind. Der Appellations-Richter hätte daher nicht aus den vorliegenden Thatsachen, mit Hinsicht auf §. 99. Tit. 8. und §. 106. Tit. 7., das Vorhandensein eines ausschließlichen Rechts des Klägers an dem in Rede stehenden Privatflusse ohne Weiteres folgern, sondern untersuchen sollen, ob ein specieller Rechtstitel dem Kläger zur Seite steht. Da dies nicht geschehen ist, so mußte das Appellations-Urtel, wegen unterlassener Anwendung der §§. 1. und 13. des Gesetzes vom 28. Februar 1843 und der daraus sich ergebenden Rechtsgrundsätze, sowie wegen unrichtiger Anwendung der §§. 99. Tit. 8. und §. 106. Tit. 7. Thl. I. A. L. R. vernichtet

in der Sache selbst aber das erste Erkenntniß bestätigt werden. Denn aus den vorliegenden Thatsachen läßt sich ein Mehreres, als daß die Hemmungen auf Grund der älteren Gesetzgebung fortgeschafft worden, nicht entnehmen. Insbesondere kann Kläger sich auf die Verjährung nicht stützen, wenn die Handlungen nur auf Grund der damals bestehenden Gesetzgebung vorgenommen worden sind.

№ 13.

Beweis des Besitzes durch ein Possessorien-Urtel.

In wieweit darf im Negatorien-Processe über ein, in possessorio summarissimo geschütztes, auf Ersitzung gegründetes Recht, welches nicht alljährlich oder gewöhnlich, sondern nur in gewissen Jahren oder bei gewissen Gelegenheiten benutzt werden kann, das vorangegangene Possessorien-Erkenntniß als Beweis für den Endpunkt der Ersitzung gelten?

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 649. 579.

Einige bäuerliche Wirthe zu C. beanspruchten die Mitbenutzung eines der Gutsherrschaft daselbst gehörigen Teiches zum Tränken des Viehes und Wasserholen, und hatten gegen den Gutsherrn unterm 17. Juni 1854 ein obsiegliches Possessorien-Urtel erstritten. Bei dem hiernächst von diesem gegen sie angestellten Negatorien-Processe stützten sie ihren Anspruch auf die Ersitzung und das Appellations-Gericht zu Breslau in seinem Erkenntnisse vom 1. November

1855 sprach ihnen, unter Abänderung des Erkenntnisses des Kreisgerichts zu Glatz vom 4. Januar 1855, auf Grund der Ersitzung, die Mitbenutzung des Teiches zu, indem es mit Rücksicht auf das geständliche jeweilige Austrocknen des Teiches nur den §. 649. Tit. 9. Thl. I. A. L. R. für anwendbar erachtete, den Endtermin der Verjährung durch das gedachte Possessorien-Erkenntniß als feststehend, resp. annahm, daß nach demselben die Verklagten vor der Besitzstörung im Jahre 1854 den Besitz des beanspruchten Rechtes gehabt hätten, den außerdem erforderlichen Beweis für die Ersitzung aber durch die Aussagen der in diesem Processe vernommenen Zeugen, für erbracht ansah.

Die von dem Kläger dagegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem zweiten Senate des Ober-Tribunals unterm 4. September 1856 zurückgewiesen worden; aus folgenden

Gründen.

Der Vorwurf, daß der Appellations-Richter gegen die §§. 649. und 579. Tit. 9. Thl. I. A. L. R. verstoßen habe, ist nicht begründet.

Bei den römischen Interdicten de itinere, de aqua, de fonte muß die Ausübung der Servitut in dem letzten Jahre vor Anstellung der Klage rückwärts gerechnet werden (oder in dem vorletzten Jahre im Falle eines äußeren Hindernisses) — Puchta, Pandecten §. 139. — und dasselbe gilt nach preußischem Rechte in possessorio summarissimo für die Rechte, welche gewöhnlich ausgeübt werden können; — §. 596. Tit. 9. Thl. I. A. L. R. — wie aus den Vorschriften §§. 1 ff. Tit. 31. Thl. I. der A. G. O. hervorgeht. (Plenarbeschluß des Ober-Tribunals vom 15. März 1847 — Entsch. Bd. XIV. S. 159 ff.) Das factum turbationis kommt dabei nicht in Betracht; es handelt sich

vielmehr nur um den ruhigen, ungestörten Besitz vor demselben, mithin bei den gedachten Rechten um deren Ausübung in dem letzten Jahre vorher, und wenn daher auf diese das Possessorien-Erkenntniß gestützt sein muß, so giebt dasselbe auch den Beweis dafür.

Anders kann sich die Sache dagegen allerdings bei den Rechten stellen, welche nicht alljährlich oder gewöhnlich, sondern nur in gewissen Jahren oder bei gewissen Gelegenheiten benutzt werden können, und welche nach §. 649. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. nur dann durch Verjährung erworben werden, wenn deren Ausübung innerhalb 40 Jahren zu drei verschiedenen Malen erfolgt ist. Bei diesem wird, im Possessorien-Processe, der Besitzstand nach dem letzten Falle, wo die Ausübung, vor dem factum turbationis, hätte stattfinden können, zu beurtheilen sein, und hat der Kläger in possessorio auch obgesiegt, so muß in petitorio doch auf den Fall der Ausübung zurückgegangen werden, welcher dem Possessorien-Erkenntnisse zum Grunde liegt, und es müssen zwischen diesem und dem ersten erweislichen Falle 40 Jahre liegen, wenn das Recht durch Verjährung erworben sein soll. — Von einer anderen Ansicht ist aber auch der Appellations-Richter nicht ausgegangen; denn indem er aus den Acten des Possessorien-Processes festsetzt, daß die Verklagten vor der Besitzstörung im Jahre 1854 den Besitz des in Anspruch genommenen Rechts hatten, versteht er darunter die Ausübung desselben in diesem Zeitpunkte, welche nach den Gründen des Possessorien-Erkenntnisses vom 17. Juni 1854 von den damals vernommenen Zeugen bekundet worden ist. Der Appellations-Richter hat hiernach durch Hinzurechnung der Besitzhandlung im Jahre 1854, bei Beurtheilung des Verjährungs-Beweises, nicht gefehlt. Das streitige Recht concentrirte sich nicht in einer einzelnen

Thatsache, welche der Kläger verhinderte, die Ausübung erfolgte vielmehr, nach der Natur der Berechtigung, wiederholt und, wie anzunehmen, täglich, und wenn der Kläger deren Forsetzung (durch die Anlage eines Zauns) störte, so erscheint doch nur der Zeitpunkt, in welchem die Ausübung in der That unmöglich wurde, als derjenige, welcher nicht mehr in Rechnung kommen kann; die unmittelbar vorhergegangenen Besitzhandlungen müssen vielmehr als ungestört erachtet werden, und bei dem Nachweise der Verjährung in Anschlag kommen.

№ 14.

Bau=Entreprise=Contract. Verjährung der Ansprüche aus solchem.

Sind die Ansprüche eines Bau-Unternehmers aus einem Bau=Entreprise=Contracte der kurzen Verjährung aus dem Gesetze v. 31. März 1838 §. 1. Nr. 1. unterworfen?

Gesetz v. 31. März 1838 §. 1. Nr. 1.

Der Kreismaurermeister T. hat durch den mit dem evangelischen Kirchencollegium zu R. unter dem 4. August 1838 schriftlich abgeschlossenen, am 31. ejusd. von der Königlichen Regierung zu P. bestätigten Entreprise=Contract und den Nachtrag vom 3. Februar, resp. 18. März 1839 den Reparaturbau der evangelischen Kirche zu R. nach einem Anschlage für die Summe von 4189 Thlr. 13 Sgr. 2 Pf. übernommen und ausgeführt. Hinsichtlich der Zah-

lung dieser Anschlags-Summe war im §. 13. Nr. 3. des Contracts festgesetzt, daß das letzte Drittheil derselben — bis auf 300 Thlr. — sobald ein technisches Mitglied der Baucommission den Revisions-Anschlag eingereicht, der Rest der 300 Thlr. aber dann gezahlt werden solle, wenn der Königliche Bau-Inspector den Bau abgenommen haben werde. Außerdem hat der T. noch mehrere im Contracte zwar bevorwortete, aber nicht veranschlagte Arbeiten zu dem übernommenen Reparaturbau geliefert. Er hat unter der Behauptung, daß die contractlich festgesetzten Zahlungsfristen bereits eingetreten seien, mittelst einer am 3. December 1845 eingereichten Klage sowohl den angeblichen Rest der veranschlagten Bausumme mit 88 Thlr. 28 Sgr. 2 Pf., als auch den von ihm auf 285 Thlr. 25 Sgr. 2 Pf. berechneten Betrag der über den Anschlag hinaus von ihm gelieferten Mehrarbeiten gegen das evangelische Kirchencollegium zu N. eingeklagt. Dieses bestritt nicht nur den Anspruch in seinen einzelnen Positionen und behauptete Gegenforderungen, sondern setzte demselben außer mehreren anderen Einwendungen auch präjudiciell die Einrede der Verjährung aus dem Gesetze vom 31. März 1838 §. 1. Nr. 1. entgegen, indem es behauptete, daß nach dem Contracte die Zahlung schon mit dem 7. Januar 1841, an welchem Tage die Bauabnahme durch den Baureferendarius M. geschehen, fällig gewesen sei.

Der Kläger hielt das Gesetz vom 31. März 1838 §. 1. Nr. 1. überhaupt nicht für anwendbar, bestritt aber auch den Verklagter Seits behaupteten Fälligkeits-Termin, weil die Bauabnahme Seitens des Baureferendarius M. nur eine vorläufige gewesen sei, und es nach dem Contracte nur auf die von dem Königlichen Bau-Inspector B. erst am 11. October 1843 bewirkte definitive Bauabnahme ankomme.

Nach aufgenommenem Beweise über den eigentlichen contractmäßigen Zahlungstag wies das Kreisgericht zu Rogasen durch Erkenntniß vom 28. November 1854 den Kläger mit seinen beiden Forderungen ab, indem es in Betreff der Forderung für Mehrarbeiten, weil diese spätestens im Jahre 1841 entstanden seien, den Einwand der Verjährung nach §. 1. Nr. 1. a. a. O. für begründet und durchgreifend erachtete, und in Betreff der Restforderung der Anschlagssumme diese Einrede ebenfalls für zulässig, doch wegen Mangels eines Nachweises des vertragsmäßigen Zahlungstages dieses Restes für nicht gerechtfertigt, gleichwohl diese Forderung, und zwar aus dem Grunde für hinfällig erachtete, weil vom Verklagten eine dem Kläger nach dem Vertrage obliegende Zahlung einer größeren Summe nachgewiesen worden sei.

Auf die Appellation des Klägers hat der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Posen durch Erkenntniß vom 14. September 1855 das Urtel erster Instanz, und zwar lediglich auf Grund des bei beiden Forderungen des Klägers für begründet und durchgreifend erachteten Präjudicial-Einwandes der Verjährung aus dem Gesetze vom 31. März 1838 §. 1. Nr. 1. bestätigt. In seiner gegen diese Entscheidung eingelegten Nichtigkeits-Beschwerde hat Kläger den Appellations-Richter unter Anderen einer Verletzung dieses Gesetzes durch unrichtige Anwendung beschuldigt. Die Nichtigkeits-Beschwerde ist auch von dem vierten Senate des Ober-Tribunals am 26. Juni 1856 für begründet erklärt, das Appellations-Urtel vernichtet und die Sache selbst unter Verwerfung des Präjudicial-Einwandes der Verjährung zur weiteren Verhandlung und anderweiten Entscheidung in die zweite Instanz zurückgewiesen worden.

Gründe.

Weder nach den Worten des §. 1. Nr. 1. des Gesetzes vom 31. März 1838, noch nach den Motiven des ganzen Gesetzes fallen die eingeklagten Forderungen unter die Bestimmung des §. 1. Nr. 1. Denn hiernach sollen mit dem Ablaufe von 2 Jahren die Forderungen der Fabrikunternehmer, Kaufleute, Krämer, Künstler und Handwerker, und zwar für Waaren und Arbeiten verjähren. Der Kläger ist aber weder Fabrikunternehmer, Kaufmann oder Krämer, noch kann hier nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche von einer gelieferten „Waare" die Rede sein. Die „Arbeiten", deren §. 1. Nr. 1. noch gedenkt, können sich dem ganzen Zusammenhange nach nur auf die dort als Gläubiger genannten „Künstler" und „Handwerker" beziehen, §. 1. Nr. 1. also auch nur auf eigene Arbeiten der Künstler oder Handwerker bezogen werden. Nun ist zwar der Kläger Maurermeister, also Handwerker, aber nicht als solcher hat er hier Forderungen für eigene, für Arbeiten dieses seines Handwerks geltend gemacht, sondern er ist als Bauunternehmer klagend aufgetreten und dieses Verhältniß unterscheidet sich wesentlich von dem der Handwerker. In dem Anschlage, nach welchem Kläger den Bau unternommen hatte, waren nicht bloß Maurerarbeiten, sondern auch die Arbeiten anderer Bauhandwerker, der Schlosser, Anstreicher, Maler, Dachdecker, Zimmerleute, Holztrenner, Tischler, Töpfer, Glaser, Steinsetzer, Kanzelbauer u. s. w. mitveranschlagt. Kläger hat in dem Bau-Entreprise-Contracte alle diese Arbeiten, also die Forderungen auch der anderen Handwerker übernommen, und Erstattung dieser Auslagen, in soweit dieselbe ihm

noch nicht gewährt ist, hat er im gegenwärtigen Processe verlangt.

Daß auf dergleichen Forderungen aus einem Bau-Entreprise-Contracte die kürzere Verjährung des §. 1. a. a. O. nicht Anwendung finden kann, ergiebt sich nicht nur, wie gezeigt worden, aus den Worten des §. 1. Nr. 1., sondern geht auch aus dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes hervor. Denn gegen die Forderungen der von dem Bauunternehmer gedungenen anderen Bauhandwerker würde jener sich, wenn dieselben auch erst lange nach Ablauf von 2 Jahren gegen ihn geltend gemacht würden, mit dem Einwande der zweijährigen Verjährung nach der Ausnahme-Vorschrift des §. 1. Nr. 1. Absatz 2. nicht schützen können, ihm selbst würde aber, wenn er auch nur durch diese Zögerung der von ihm gedungenen Handwerker an Verfolgung seines Anspruchs gegen den Bauherrn verhindert worden wäre, nach Ansicht des Appellations-Richters die zweijährige Verjährung entgegenstehen. Eine solche Ungleichheit des Rechtsverhältnisses kann vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt sein.

Was aber von dem Reste der anschlagsmäßigen Vergütung gilt, muß auch von den über den Anschlag hinaus gelieferten Mehrarbeiten gelten; denn in den §§. 8. und 10. des Bau-Entreprise-Contracts sind diese Mehrarbeiten ausdrücklich bevorwortet und deren Erstattung bedingungsweise zugesichert worden. Sie entspringen also ebenfalls aus dem Bau-Entreprise-Contracte, und auf sie findet daher die kürzere Verjährung eben so wenig Anwendung.

Sonach ist der §. 1. Nr. 1. a. a. O. durch unrichtige Anwendung verletzt, und da hierauf allein die angefochtene

Entscheidung beruht, mußte dieselbe nach §. 4. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833 vernichtet werden.

Für die Sache selbst ergiebt sich aus dem Vorstehenden, daß zwar der Einwand der Verjährung aus dem Gesetze v. 31. März 1838 verworfen, im Uebrigen aber, da nur über diesen Präjudicial-Einwand, nicht aber über die sonstigen Einwendungen des Verklagten gegen die Forderungen des Klägers in zweiter Instanz erkannt worden ist, die Sache zur anderweiten Entscheidung event. nach vorgängiger Verhandlung, in die zweite Instanz zurückgewiesen werden muß.

№ 15.

Pommern. Uebertragbarkeit agnatischer Lehnsrechte.

Können nach Pommernschen Rechten agnatische Lehnsrechte, insbesondere auch das Wiederkaufsrecht, an Mitglieder der Lehnsfamilie gültig übertragen werden?

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 312.

Der Besitzer des Alt von B.'schen Lehngutes G., E. A. H. von B. verkaufte dasselbe am 14. Mai 1795 wiederkäuflich auf 60 Jahre bis Marien 1855. Der Bruder und nächste Lehnserbe des im Jahre 1797 verstorbenen Verkäufers, H. W. von B. trug am 30. Mai 1855 bei der Kreisgerichts-Deputation zu Labes gegen die zeitigen Besitzer klagend darauf an:

ihn für den zur Ausübung des Wiederkaufsrechts auf G. auf Grund des Vertrages vom 14. Mai 1795 Nächstberechtigten zu achten und die Verklagten schuldig zu erkennen, das Gut G. an ihn zurückzugewähren.

Während der ersten Instanz überreichte der klägerische Mandatar einen Cessionsvertrag zwischen dem Kläger und dem O. Th. H. von B. mit Vollmacht von letzterem zur Führung des übernommenen Processes und mit einem Attest der Lehnscanzlei, wonach der Cessionar eingetragener Agnat von G. sei. Die Verklagten widersprachen der Cession und verlangten Abweisung des Cessionars auf Grund des §. 312. Thl. I. Tit. 11. A. L. R., während der klägerische Mandatar das Klagepetitum dahin änderte, daß er die Herausgabe nunmehr an den Cessionar verlangte.

Die Kreisgerichts-Deputation zu Labes erkannte auch auf die Rückgewährung des Gutes an den Cessionar. Sie berief sich dabei für die Activlegitimation desselben auf den Satz in Zettwach's Pommerschem Lehnrecht §. 171.

Die den Agnaten .... auf veräußerte und verschuldete Lehne zustehenden Rechte können zu Gunsten eines Unberechtigten nicht ausgeübt, demselben auch nicht übertragen werden.

Hiernach sei die Cession an den O. Th. H. von B., der unbestritten lehnberechtigter Agnat zu G. sei, für zu Recht beständig und der §. 312. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. für nicht durchgreifend zu halten.

Dagegen wies, auf Appellation der Verklagten, das Appellations-Gericht zu Stettin unter dem 1. März 1856 den Cessionar mit seinem Antrage auf Rückgewährung ab. Die Erkenntnißgründe führten aus: die den Agnaten auf veräußerte Lehne zustehenden Rechte könnten selbst dann nicht cedirt werden, wenn die Uebertragung von einem

Agnaten auf den anderen geschehen solle. An positiven Vorschriften hierüber fehle es dem Allg. Landrechte, wie dem gemeinen Recht. Auch im Pommernschen Lehnrecht sei man nur darüber einig, daß zu Gunsten eines Unberechtigten, d. h. dessen, der nicht Mitglied der Lehnsfamilie ist, solche Cession nicht stattfinde; streitig dagegen sei die Cessibilität an einen andern Agnaten. Zettwach gebe seine Meinung, daß die Cession an den Agnaten in der Regel zulässig sei, ohne weitere Motivirung. Das Wesen des Lehnfolgerechts selber spreche indessen gegen die Uebertragbarkeit. Gleichwie der Agnat seine Persönlichkeit und seinen Platz im agnatischen Verbande nicht auf einen Anderen übertragen könne, so auch nicht diejenigen Vermögensrechte, welche allein daraus sich ableiten; sicut sanguis in alium cedi non potest, ita nec jura sanguinis. Hier insbesondere sei die durchaus einzige und höchstpersönliche Stellung des ursprünglichen Klägers, als Bruders des Veräußerers, der Cession ungeachtet, bei dem Cedenten geblieben und auf seinen Proceßnachfolger nicht übergegangen, sie allein habe zu dem verfolgten Anspruch legitimirt. Die Qualität des Cessionars als eines zu G. lehnsberechtigten Agnaten, ändere hierin nichts, denn sie sei nicht Fundament der jetzigen Klage und möge etwa in einem anderen Processe geltend gemacht werden. Außerdem stehe aber noch die specielle Vorschrift des §. 312. Thl. I. Tit. 11. A. L. R., wonach das Wiederkaufsrecht wider den Willen des Besitzers der Sache, einem Dritten nicht abgetreten werden könne, dem Kläger entgegen. Und eine Ausnahme könne auch für das Pommernsche Provinzialrecht nicht angenommen werden. Hiernach sei der O. Th. H. von B. durch die Cession zur Sache nicht legitimirt.

Kläger legte die Revision und Nichtigkeits-Beschwerde

ein und glaubte nicht nur aus der Cession des ursprünglichen Klägers, sondern auch aus seinen eigenen agnatischen Rechten an G. zur Rückforderung des Guts berechtigt zu sein. Hierauf hat der erste Senat des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 6. October 1856 den Präjudicial-Einwand der fehlenden Activlegitimation verworfen und die Entscheidung der Sache selber in die Appellations-Instanz zurückgewiesen. Die

Gründe

lauten.

Der Appellations-Richter geht mit Recht davon aus, daß der im Laufe des Processes von dem Major H. W. von B. an den Gutsbesitzer O. Th. H. von B. erfolgten Cession unerachtet, doch

1) der Vertrag vom 14. Mai 1795, durch welchen „dem Verkäufer, dessen Erben oder zunächsten Lehnberechtigten" das Wiederkaufsrecht an G. vorbehalten worden, und
2) die Eigenschaft des erstgenannten Majors als nächsten lehnsberechtigten Agnaten des Veräußerers, die unveränderten und unveränderlichen Fundamente des gegenwärtigen Processes bilden.

Denn Revident, welcher, nachdem die Duplik eingereicht worden, mit Ueberreichung einer Cession des ursprünglichen Klägers und unter Ausstellung einer Vollmacht zur Führung des von jenem angestellten, von dem Vollmachtgeber an Stelle des Klägers übernommenen Processes, als Kläger aufgetreten ist, vermochte diese Grundlagen in keiner Weise zu ändern. Er durfte daher auch im gegenwärtigen Proceß seine Wiederkaufsberechtigung nicht auf seine eigenen agnatischen Rechte an G. gründen, und beschwert sich zu Unrecht, über deren Nichtberücksichtigung durch den Ap-

pellations-Richter, wobei es ganz gleichgültig ist, ob er, wie er behauptet, nirgends erklärt habe, seinen Anspruch ausschließlich aus der Cession vom 25. Juni 1855 und nicht gleichzeitig aus jenen agnatischen Rechten herleiten zu wollen. Demnach war, wie der Appellations-Richter gethan, vor allen Dingen, Behufs der Legitimaton des O. Th. H. von B. zur Sache, die Statthaftigkeit der an ihn geschehenen Cession zu prüfen. Dem Ergebniß dieser seiner Prüfung ist jedoch nicht beizustimmen. Nach dem §. 2. der Cessions-Urkunde werden cedirt:

> alle dem Cedenten auf das Lehngut G. zustehenden Gerechtsame, insbesondere seine agnatischen Lehnrechte, sie mögen Namen haben, welche sie wollen, ferner die Rechte auf Herausgabe des Gutes aus dem Wiederkaufs-Vertrage vom 14. Mai 1795.

Der Appellations-Richter führt nun zunächst aus: im Pommernschen Lehnrecht sei unbestritten, daß eine Cession der den Agnaten auf veräußerte Lehne zustehenden Rechte an einen „Unberechtigten" unstatthaft sei, streitig aber, ob sie an einen anderen Agnaten erfolgen dürfe. Diese Darlegung ist für durchaus richtig nicht zu erachten.

Zettwach stellt in seinem Pommerschen Lehnrechte §. 171. den Satz auf:

> Die den Agnaten . . . auf veräußerte und verschuldete Lehne zustehenden Rechte können zu Gunsten eines Unberechtigten nicht ausgeübt, demselben auch nicht abgetreten werden.

In der Anmerkung zu dem Paragraphen erörtert er näher, wie es nicht ohne Zweifel sei, ob diese Rechte einem Fremden cedirt werden können; gegen die Cessibilität aber derselben an ein Mitglied der beliehenen Familie führt er weder eigene noch fremde Bedenken an. In der

That ist auch keine, einer solchen Uebertragbarkeit bestimmt widersprechende ältere Meinung oder gerichtliche Entscheischeidung irgend bekannt.

Das im Appellations-Erkenntnisse erwähnte, in von Schwebers Anmerkung 18. zum Tit. 26. der Hinterpommernschen Lehnsconstitution S. 246. näher angegebene Judicat vom Jahre 1705/6, legte zwar einem Revocanten ein juramentum calumniae darüber auf:

daß er diese Action nicht vor sich, sondern dem Fähndrich K. zu gute, dessen Vater doch bereits der Lehnfolge sich entsagt, erhoben.

Allein in diesem Falle war der K. der Sohn des Veräußerers selber, welcher seinem Lehnrechte entsagt hatte, so daß mithin in concreto auch der Descendent nicht als „berechtigter Agnat" gelten konnte. Dem v. Schweber war selbst für diesen Fall die Ansicht des Gerichtshofes eine zu strenge, er meint mit Berufung auf Mevius, discussio levaminum rc. es laufe auf eins hinaus, ob der Agnat sein Recht dem Descendenten venditoris cedire, oder es selbst exercire und es demnächst demselben überlasse. Die Hinterpommernschen Stände wiederum hielten diese von Schweber'sche Thesis nicht für richtig, weil nach aller Rechtsgelehrten Meinung retractus feudalis in personam extraneam cedi nequeat, Mevius aber nur von einer retrovenditio conventionalis spreche, welche allerdings cedirt werden könne. In einem sodann in den Jahren 1766, 1767 entschiedenen Rechtsstreit (v. Hymmens Beiträge IX. 403.) wurde per tres conformes angenommen, daß das jus revocandi auch einem extraneo cedirt werden könne, nichts weniger wurde in zwei Tribunals-Urteln von 1766, 1767 erkannt, daß ein Reluent jenes juramentum calum-

niae nicht abzuleisten habe, und das bekannte Gutachten in v. Hymmen's Beiträgen II. 34. 47. stimmt dem für die Revocation sowohl als für die Reluition bei. Der von den Vorpommernschen Landständen im Jahre 1751 übergebene Entwurf einer Lehns-Constitution T. 22. §. 18. (v. Hymmen, Beiträge IX. S. 219.) schlug vor: die actio feudi revocatoria kann ab agnato proximiore jemanden ex agnatis remotioribus cedirt werden . . . ., auch ist die cessio in extraneum zulässig, wenn keine agnati mehr am Leben sind. Der v. Massow'sche und der v. Hempel'sche Entwurf endlich des Pommernschen Provinzial-Rechts verwerfen die Abtretung agnatischer Rechte an Fremde und dieser Ansicht giebt auch Zettwach den Vorzug, weil es der Natur der Sache und dem §. 99. der Einleit. zum Allgem. Landrecht widerspreche, daß Familienrechte, deren Ausübung durch die Eigenschaft eines Agnaten bedingt werde, zu Gunsten Anderer, bei welchen sich diese Eigenschaft nicht vorfindet, ausgeübt und ihnen cedirt werden können.

Mithin tritt über die hier allein zu erörternde Frage, ob ein agnatisches Recht auf veräußerte Lehne an ein Mitglied der Lehnsfamilie abgetreten werden könne, nirgends ein Zweifel hervor, während v. Schweder, die Tribunals-Urtel und das Gutachten die Cessibilität sogar noch weiter ausdehnen wollen. Zugleich ergiebt sich aus den zuletzt hervorgehobenen Worten Zettwachs für eine Bejahung der Frage diejenige Motivirung, welche der Appellations-Richter für die Lehre dieses Autors vermißt.

Sonach ist diejenige Frage, welche der Appellations-Richter als eine nach Pommernschem Lehnrechte noch unerledigte betrachtet, und die er aus dem Wesen des Lehn-

folgerechts selber beantwortet wissen will, in der That schon durch eine alte, fortgehende und übereinstimmende Theorie und Praxis des Pommernschen Lehnrechts entschieden worden. Und ein Bekämpfen eines solchen „unverrückten styli" aus dem Standpunkt allgemeiner Principien des Lehnrechts würde von vorn herein gewichtigen Bedenken unterliegen. Aber es läßt sich die Ansicht, daß agnatische Rechte auf veräußerte Lehne an einen Agnaten übertragen werden dürfen, auch aus inneren und höheren Gründen gar wohl rechtfertigen.

Der Appellations-Richter beruft sich für seine gegentheilige Meinung auf den richtigen, von Gail Lib. 2. obs. 19. Nr. 10. dahin ausgesprochenen Satz: sicuti sanguis in alium cedi non potest ita nec jura sanguinis. Allein der Autor selber sichert diesen Ausspruch gegen eine falsche Anwendung, wenn er hinzufügt: qualia sunt feuda sanguini concessa, et cum sanguine ambulantia. Gleich wie nun nach dem gemeinen Lehnrecht die sonst dem Vasallen verbotene Veräußerung doch zu Gunsten einer in der Investitur mitbegriffenen Person als unverboten gilt, und gleichwie nach Pommernschem Lehnrecht ein unbeerbter Lehnsmann das Gut zwar nicht an einen Fremden, aber wohl an ein Mitglied der beliehenen Familie verkaufen darf, (Zettwach §. 84.) eben weil das Lehn bei dem durch die Abstammung vom ersten Erwerber bestimmten Blute bleibt, so steht auch obiger Satz noch nicht der Abtretung eines Rechts der hier fraglichen Art an einen Genossen des Blutes entgegen. Der Appellations-Richter vermeint zwar, auch die Stellung jedes einzelnen Agnaten sei eine höchst persönliche, eigenthümliche, und namentlich trage das Verhältniß eines Bruders, wie es hier zwischen dem ursprünglichen Kläger zu dem Veräußerer stattfinde, diesen Charakter

an sich. Das geht jedoch fehl, in sofern es sich um die aus jener Abstammung entspringenden Rechte am Gute handelt. Die Rechte aller Agnaten, von dem Bruder an bis zu dem entferntesten Verwandten des veräußernden Besitzers hin, sind hier wesentlich gleichartig und nur in der Ordnung der Ausübung verschieden. Ueberträgt daher der nähere Agnat seine Rechte einem entfernteren, so ist dies nicht sowohl die Uebertragung eines höchst persönlichen Familien- oder Geblütsrechts des Cedenten, sondern vielmehr eine Abtretung der Priorität in der Ausübung einer beiden, dem Cedenten und dem Cessionar zukommenden Berechtigung. Und diese wesentliche Gleichartigkeit findet im Pommernschen Lehnrecht noch darin ihren besonderen Ausdruck, daß dem Agnaten, welcher das in dem Besitze einer fremden Person befindliche Lehn anspricht, der Besitzer den Einwand, es seien nähere oder gleich nahe Agnaten vorhanden, in der Regel nicht entgegen setzen darf. (Zettwach §. 165 ff.)

Hiernach wird sich nicht behaupten lassen, daß die von den Gerichtshöfen und Schriftstellern für das Pommernsche Lehnrecht angenommene Uebertragbarkeit jener agnatischen Rechte innerhalb der Lehnsfamilie, dem wesentlichen Charakter und der inneren Natur dieser Rechte widerspreche.

Der Appellations-Richter bemerkt ferner, der Statthaftigkeit der hier fraglichen Cession stehe außerdem noch die specielle Vorschrift des §. 312. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. entgegen, wonach das Wiederkaufsrecht wider den Willen des Besitzers der Sache einem Dritten nicht abgetreten werden könne, ohne daß für das Pommernsche Provinzialrecht eine Ausnahme angenommen werden dürfe. Letzteres ist jedoch allerdings der Fall. Die agnatischen Rechte, deren Cessibilität an andere Agnaten in jenem Landestheil verthei-

digt wird, begreifen auch das Wiederkaufsrecht in sich. Der Kauf auf Wiederkauf steht zwischen der sogenannten erblichen — ohne Vorbehalt des Rückkaufes — geschlossenen Veräußerung, und der Verpfändung mit Uebertragung des Besitzes. Bei der wiederkäuflichen Veräußerung eines Lehns ist die Frage, nach welcher dieser beiden Analogien das Geschäft rücksichtlich der den Agnaten bleibenden Befugnisse zu behandeln sei, in Pommern dahin entschieden worden, daß dem Agnaten, behufs des Wiederkaufes, gleich wie bei einer Verpfändung, die Reluition, nicht wie bei einer erblichen Veräußerung die Revocation zustehe (vergl. Entscheidungen Bd. XIII. S. 406.) Immerhin würden hinsichtlich der Cessibilität des Wiederkaufsrechts der Agnaten die obigen Grundsätze zutreffen, da dieselben gleichmäßig für die Revocation und für die Reluition aufgestellt worden sind. Namentlich ist auch der obige von Zettwach im §. 171. formulirte Satz auf das Wiederkaufsrecht mit zu beziehen, theils nach dem Zusammenhange dieses Paragraphen mit den von der Reluition und dem Wiederkaufe handelnden §§. 106., 108., theils nach dem Ausdruck selber, der überhaupt die den Agnaten, auf veräußerte und verschuldete Lehne zustehenden Rechte umfaßt. — Zugleich erhellt aus dieser ganzen Darstellung, einmal: daß die Uebertragbarkeit des Wiederkaufsrechts am Lehn auf Agnaten nur als besondere Anwendung eines für die agnatischen Rechte überhaupt geltenden Satzes sich darstellt; sodann aber: daß dieser Satz mit der bekannten eigenthümlichen Gestaltung, welche die Lehnsbefugnisse der Agnaten in Pommern gewonnen, in Verbindung steht.

Die Regel also, wonach das specielle und provinzielle Recht dem jus generale und commune vorgeht, würde hier, wo es sich um ein Wiederkaufsrecht an einem Pommernschen

Lehne handelt, jedenfalls gegen die Anwendung der generellen Vorschrift des §. 312. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. entscheiden, wenn nach derselben die fragliche Cession für unstatthaft erachtet werden müßte. Doch läßt füglich der Satz des Pommernschen Lehnrechts sich als eine nähere Bestimmung der landrechtlichen Vorschrift dahin auffassen: daß bei dem, den sämmtlichen Agnaten des Veräußerers, gleich ihm, zustehenden Wiederkaufsrechte, der eine Agnat dem anderen gegenüber nicht als ein „Dritter" im Sinne des §. 302. des A. L. R. anzusehen sei.

Es können nämlich nach Pommernschen Lehnrecht, (Zettwach §. 108.) wiederkäuflich veräußerte Lehne, nach Ablauf der Wiederkaufsjahre, von dem Veräußerer und seinen Lehnsabkömmlingen, nach deren Abgange aber von den Agnaten und Mitbelehnten eingelöst werden. Im vorliegenden Falle also, wo unbestrittenermaaßen resp. actenmäßig der Veräußerer ohne Lehnsabkömmlinge verstorben, der ursprüngliche Kläger als Bruder des Veräußerers der nächste Agnat, der Cessionar desselben gleichfalls lehnberechtigt zu G. ist, würde auch ohne Vertragsclausel jener Bruder und auch ohne die Cession der Cessionar dem Besitzer gegenüber, zur Rückforderung berechtigt gewesen sein; letzterer freilich auf die Gefahr hin, das Gut einem näheren Agnaten wieder abtreten zu müssen, eine Gefahr, gegen welche die Cession des nächsten Agnaten ihn zu schützen geeignet ist.

Vergleicht man nun mit jenen gesetzlichen Folgen der wiederkäuflichen Veräußerung des Lehns, die Vertragsclausel wonach der

Herr Verkäufer, dessen Erben oder zunächsten Lehnberechtigte

G. zurück erhalten, so ist es die natürlichste Annahme, daß hiermit keine andern zum Wiederkauf berechtigten Personen

haben bezeichnet werden sollen, als diejenigen, denen derselbe schon gesetzlich gebührte. Denn theils passen dazu die Worte des Contracts — möge man nun unter den „Erben" die Descendenten des Veräußerres oder überhaupt die Lehnserben und dann in dem „oder zunächsten Lehnberechtigten," den erklärenden Zusatz sehen, — theils stand es auch gar nicht in der Macht der Contrahenten, den Agnaten ihr Lösungsrecht nach Ablauf der Wiederkaufsjahre zu entziehen. Eben so wenig steht der Ausdruck: „zunächsten Lehnberechtigte" einer Uebertragbarkeit des Einlösungsrechts des nächsten Agnaten entgegen; denn theils schließt derselbe an sich die Cessibilität noch nicht aus, theils würden auch hier die Contrahenten zu einer Schmälerung des dem nächsten Agnaten gebührenden Uebertragungsrechts an einem agnatus remotior nicht berechtigt gewesen sein.

Aus allem diesen ergiebt sich, daß die in der Cessions-Urkunde ausgesprochene Uebertragung der Rechte auf Herausgabe des Gutes G. aus dem Wiederkaufs-Vertrage vom 14. Mai 1795 eine zu Recht beständige, und daß der jetzige Kläger als Cessionar des ursprünglichen Klägers zur Sache legitimirt sei.

Der Appellations-Richter, der den Einwand der dem Kläger fehlenden Legitimation als begründet erachtete, hat demzufolge, ohne weiter auf die Sache einzugehen, den Kläger abgewiesen. Da aber nach Erledigung der Legitimationsfrage zu Gunsten des Klägers, die Entscheidung der Sache selber noch von der näheren Prüfung einer Reihe beider Seits aufgestellter Behauptungen abhängt, so mußte, damit den Parteien deshalb nicht eine Instanz entgehe, diese Entscheidung in die Appellations-Instanz zurückgewiesen werden.

№ 16.

Herzogthum Westphalen. Schuldinstrumente, die zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmt sind.

Ob der Grundsatz, daß bei Schuldinstrumenten, die zur Eintragung in das Hypothekenbuch zwar bestimmt, aber darin noch nicht wirklich eingetragen sind, die Vermuthung, daß die Valuta nach Inhalt des Instruments wirklich gegeben worden sei, nicht eintrete, auch im ehemaligen Herzogthume Westphalen auf solche Schuldinstrumente, die in Ermangelung eines Hypothekenbuchs nur mit Recognition über die Eintragungsfähigkeit der Forderung versehen sind, Anwendung finde?

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 738. vergl. §§. 732. 733.
Plenarbeschluß vom 5. December 1853 Präj. Nr. 2489. (Entscheidungen Bd. 26. S. 193., Minist.-Blatt von 1854 S. 38.)
Patent wegen Einführung des Allgem. Landr. und der Allgem. Ger.-Ordn. im Herzogthum Westphalen vom 21. Juni 1825 §§. 6 ff. (Ges. Samml. S. 153.)
Verordnung vom 31. März 1834 wegen Einrichtung des Hypotheken-Wesens im Herzogthum Westphalen rc. vom 31. März 1834. (Ges. Samml. S. 47 ff.)

In einem gerichtlichen Instrumente vom 30. August 1850 hatte J. Br. bekannt, von seinen Söhnen Joseph

und Lorenz nach und nach 700 Thlr. als Darlehn erhalten zu haben und dafür mehrere seiner, in der Steuergemeinde W. im ehemaligen Herzogthume Westphalen belegenen, Grundstücke zur Eintragung der Forderung verpfändet. Letztere konnte in Ermangelung eines regulirten Hypothekenbuchs nicht erfolgen, dagegen wurde den Gläubigern Recognition über Eintragungs-Fähigkeit der Forderung ertheilt und, nachdem der Schuldner sein ganzes Vermögen, einschließlich der verpfändeten Grundstücke, an seine Kinder Lorenz und Anna übertragen hatte, der dem Sohne Joseph an der erwähnten Forderung zustehende Antheil im Betrage von 350 Thlr. an den Kaufmann M. W. zu W. abgetreten. Der Letztere stellte hierauf gegen die Geschwister Lorenz und Anna Br., die sich in Folge jener Vermögens-Uebertragung auch im Besitze der verpfändeten Grundstücke befanden, die hypothekarische Klage mit dem Antrage an: die Verklagten zu verurtheilen, entweder die ihm abgetretene Forderung von 350 Thlr. zu zahlen oder sich die Subhastation der verpfändeten Grundstücke Behufs seiner Befriedigung gefallen zu lassen. Verklagte wurden auch, diesem Antrage gemäß, durch Erkenntniß der Kreisgerichts-Deputation zu Medebach vom 15. Januar 1855 verurtheilt, diese Entscheidung jedoch in Folge ihrer Appellation durch Erkenntniß des Appellations-Gerichtes zu Arnsberg vom 23. Mai 1856 auf Abweisung des Klägers abgeändert, weil der Appellations-Richter auch für das vorliegende Instrument den §. 738. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. in Verbindung mit dem Plenarbeschlusse vom 5. December 1853 für anwendbar und demgemäß den Kläger in Betreff der Richtigkeit des in dem Instrumente enthaltenen, aber von den Verklagten bestrittenen Valuten-Empfangsbekenntnisses für beweisfällig erachtete.

Auf die Richtigkeits-Beschwerde des Klägers hat der dritte Senat des Ober-Tribunals die Entscheidung des Appellations-Richters unterm 31. October 1856 vernichtet und in der Sache selbst die Verurtheilung der Verklagten, Beziehungsweise Abweisung des Klägers, von einem dem Letzteren auferlegten Erfüllungs-Eide abhängig gemacht.

G r ü n d e.

Der Appellations-Richter verkennt nicht, daß es sich im vorliegenden Falle um eine zur Eintragung ins Hypothekenbuch der verpfändeten Immobilien bestimmte, aber nicht darin eingetragene und nur mit einem Recognitions-Atteste über deren Eintragungs-Fähigkeit versehene Schuldverschreibung handelt. Derselbe stellt auch nicht fest: daß ein Hypotheken-Folium für die verpfändeten Immobilien überhaupt vorhanden sei, beziehungweise der Besitztitel in Betreff derselben für den Schuldner berichtigt sei. Der Appellations-Richter geht im Gegentheil von der thatsächlichen Feststellung aus: daß das betreffende Hypothekenbuch zur Zeit noch nicht angelegt sei und deshalb die Eintragung der Forderung habe unterbleiben müssen und diese Annahme erscheint um so gerechtfertigter, als, wäre dasselbe angelegt und die Besitztitel-Berichtigung für den Schuldner erfolgt, gleichzeitig mit derselben auch die Eintragung der Forderung hätte erfolgen müssen.

Gleichwohl ist der Appellations-Richter der Ansicht, daß auch für das vorliegende Schuldinstrument die Vorschrift im §. 738. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. maaßgebend und deshalb in Verbindung mit der Auslegung, die diese Vorschrift im Plenar-Beschlusse vom 5. December 1853 Präjudiz Nr. 2489. gefunden habe, demselben jede Beweiskraft resp. Vermuthung für die Richtigkeit des darin ent-

haltenen Valuten-Empfangs-Bekenntnisses abzusprechen sei. Hiernach habe der Kläger, der sonstigen Beweis dafür, obschon er ihm obgelegen, weder erbracht noch angetreten habe, mit seiner wider Verklagte gerichteten hypothekarischen Klage abgewiesen werden müssen.

Mit Recht bezeichnet Implorant diese Entscheidung als rechtsverletzend. Der §. 738 a. a. O. bestimmt:

Bei Schuldinstrumenten, die zur Eintragung in das gerichtliche Hypothekenbuch bestimmt und darin wirklich eingetragen sind, tritt die Vermuthung: daß Valuta nach dem Inhalte des Instruments wirklich gegeben worden, erst alsdann ein, wenn der Schuldner innerhalb 38 Tagen nach erfolgter Eintragung, keine Protestation wegen nicht empfangener Valuta im Hypothekenbuche hat vermerken lassen,

und der Plenarbeschluß vom 5. December 1853 erläutert diese Vorschrift dahin:

daß bei Schuld-Instrumenten, die zur Eintragung ins Hypothekenbuch bestimmt, aber darin noch nicht wirklich eingetragen sind, die obgedachte Vermuthung überhaupt nicht eintrete.

Der §. 738. und der darauf gegründete Plenarbeschluß enthalten offenbar eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der §§. 732. 733. a. a. O., nach welcher jeder Schuldschein bis zur Ausmittelung des Gegentheils die Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen begründet, was darin enthalten ist und daher auch das darin enthaltene Geständniß der erhaltenen Valuta gegen den Aussteller so lange gilt, als sich bei der Instruction der Sache nicht findet, daß dieselbe ganz oder zum Theil nicht gegeben worden ist.

Ob diese Ausnahme von der Regel in allen Landes-

theilen, in denen das Hypotheken-Wesen noch nicht vollendet ist, auf Schuldverschreibungen, welche mit bloßen Recognitions-Attesten versehen worden sind, keine Anwendung findet, wie aus dem Präjudiz des Königlichen Ober-Tribunals Nr. 730. (Präj. Samml. S. 65.) gefolgert werden könnte, kann hier auf sich beruhen. In dem vorliegenden Falle sind in dieser Beziehung lediglich die in dem Herzogthum Westphalen geltenden, das Hypotheken-Wesen betreffenden eigenthümlichen Bestimmungen ins Auge zu fassen.

Das Patent wegen Einführung des Allgemeinen Landrechts und der Allgemeinen Gerichts-Ordnung im Herzogthum Westphalen ꝛc. vom 21. Juni 1825 bestimmte in §. 6.:

daß die altländischen, auf das Hypotheken-Wesen sich beziehenden Gesetze bis zur erfolgten Revision der Hypotheken-Ordnung außer Anwendung bleiben und die nachfolgenden Vorschriften an deren Stelle treten sollten.

Hiernächst wurde bestimmt, daß kein Besitzer von Amtswegen angehalten werden solle, sein Eigenthum nachzuweisen. (§. 7.) Hinsichtlich der Erwerbung von Hypothekenrechten wurde dagegen verordnet, daß derjenige, welcher vom 1. December 1825 an einen Titel zu einer Hypothek erworben, denselben bei dem zuständigen Gerichte anzumelden und nachzuweisen, Letzteres aber dem Anmeldenden, nach vorgängiger Prüfung, eine Recognition zu ertheilen habe. (§§. 8. und 9.) Durch diese Anmeldung und Bescheinigung, heißt es sodann im §. 10., erwirbt der Realberechtigte oder Gläubiger das Recht:

a. seine Ansprüche gegen dritte Besitzer zu verfolgen,
b. bei einem ausbrechenden Concurse auf Ansetzung in der III. Classe nach dem Zeitpunkte der geschehenen Anmeldung anzutragen.

Die Geltendmachung dieses Rechts von Seiten des Real-

berechtigten oder Gläubigers ward hierbei (§. 11.) nur noch von der Verpflichtung desselben abhängig gemacht, erforderlichenfalls das Eigenthum desjenigen, von welchem er sein Realrecht oder seine Hypothek herleite, nachzuweisen.

Endlich bestimmte §. 13. des Patents ausdrücklich:
daß alle Bestimmungen der altländischen Gesetze, welche mit dem Inhalte der §§. 7—12. im Widerspruch stehen würden oder das Dasein eingerichteter Hypotheken-Bücher voraussetzten, namentlich die §§. 6. 12. und 13. Thl. I. Tit. 10. §§. 411. 412. Thl. I. Tit. 20. A. L. R., sowie der §. 394. Tit. 50. der Proceß-Ordnung vorläufig außer Anwendung bleiben sollten.

Durch die spätere Verordnung wegen Einrichtung des Hypotheken-Wesens im Herzogthum Westphalen ꝛc. vom 31. März 1834 ist in diesen Bestimmungen des Patents für Fälle der vorliegenden Art im Wesentlichen nichts geändert worden.

Denn wenn schon durch dieselbe (§. 1.) die Allgemeine Hypotheken-Ordnung von 1783 und die darauf Bezug habenden späteren Verordnungen vom 1. Mai 1834 ab in dem Bereiche des Patents Gesetzeskraft erhielten, so wurde doch im §. 4. nicht bloß die Berichtigung des Besitztitels in Bezug auf ein angelegtes Hypothekenfolium, sondern auch die Anlegung des Foliums selbst von dem ausdrücklichen Antrage des Besitzers abhängig gemacht, sofern nicht ein durch den Allerhöchsten Erlaß vom 31. October 1831 bestimmter Ausnahmefall eintreten sollte.

Sodann wurde in den §§. 24. und 25. verordnet:
daß in Beziehung auf Grundstücke, für welche ein Folium im Hypothekenbuche angelegt worden, die im §. 13. des Patents vom 21. Juni 1825 erfolgte Suspension der Gesetze, welche das Dasein eingerichteter Hypothekenbücher

voraussetzen, aufhören solle; daß dagegen in Beziehung auf solche Grundstücke, für welche noch kein Folium im Hypothekenbuche angelegt worden, die Suspension fortbestehen und es bei den Vorschriften der §§. 8—13. des Patents und der (im Wesentlichen hiermit übereinstimmenden) Verordnung vom 16. Juni 1820 verbleiben solle. Mit Rücksicht auf diese Special-Gesetze und die Thatsache, daß für das zur Hypothek bestellte Grundstück ein Hypothekenfolium noch nicht angelegt worden, konnte sich der Appellations-Richter der Erörterung und Entscheidung der Frage: ob auch der §. 738. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. von der angeordneten Suspension betroffen werde? nicht entziehn.

Dieselbe mußte aber mit dem Imploranten bejaht werden. Allerdings ist in dem §. 13. des Patents vom 21. Juni 1825 der §. 738. a. a. O. unter den offenbar nur beispielsweise aufgeführten gesetzlichen Bestimmungen nicht mit aufgeführt. Es kann indeß keinem Bedenken unterliegen, auch ihn in der Suspension, die das Patent darin ausspricht und die Verordnung vom 31. März 1834 in Kraft läßt, für mitbegriffen zu erachten. Denn der §. 738. hat gleich dem damit in Verbindung stehenden §. 739. die Vorschriften der Hypotheken-Ordnung von 1783 §§. 175—181. Tit. II. zur Grundlage, welche in dem Bereiche des Patents von 1825 und der Verordnung von 1834 für diejenigen Grundstücke, für welche noch kein Folium im Hypothekenbuche angelegt worden, mit allen Gesetzen, welche das Dasein eingerichteter Hypothekenbücher voraussetzen, suspendirt ist. Der §. 738. bezieht sich auch nur auf Schuldinstrumente, welche zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmt sind. Von Schuldinstrumenten, welche zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmt sind, kann aber in Bezug auf Grundstücke, für welche selbst die erste Re-

gulirung des Hypothekenfoliums nicht vorgeschrieben, sondern lediglich von dem Willen der Interessenten abhängig gemacht ist, und möglicherweise daher ganz unterbleibt, gar nicht die Rede sein. Was hiernach aus dem Wortlaute des §. 738. folgt, wird auch durch die ratio legis bestätigt.

Der Gesetzgeber ist, wie in dem Plenarbeschluß vom 5. December 1853 ausgeführt worden, davon ausgegangen, daß der Gläubiger bei einzutragenden Hypotheken nicht eher mit Sicherheit zahlen könne, als bis ihm der in vim recognitionis ausgefertigte Hypothekenschein vorgelegt worden, indem er erst dadurch die Gewißheit erhalte, daß seine Forderung im Hypothekenbuche wirklich an dem Orte zu stehen komme, den er sich vorbedungen habe. Der Gesetzgeber muß daher nothwendig bei Feststellung der §§. 175—181. Tit. II. der Hypotheken-Ordnung und der damit korrespondirenden §§. 738. und 739. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. Verhältnisse vorausgesetzt haben, unter welchen die Eintragung der Forderung innerhalb eines gewissen Zeitraums möglich ist. Ein solches Verhältniß liegt aber nicht vor, wenn ein Hypothekenfolium für das betreffende Grundstück nicht nur nicht existirt, sondern auch nach Vorschrift der Gesetze gar nicht angelegt zu werden braucht. In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung wird denn auch das, was der Realberechtigte durch die Anmeldung und Bescheinigung erwirbt, auf das Recht beschränkt,

a. seine Ansprüche gegen dritte Besitzer zu verfolgen,
b. bei einem ausbrechenden Concurse auf Ansetzung in die dritte Classe nach dem Zeitpunkte der geschehenen Anmeldung anzutragen.

In Bezug auf die Eintragung in das Hypothekenbuch wird dagegen im §. 25. der Verordnung vom 31. März 1834 bestimmt, daß jeder angemeldete Titel für die künftige Ein-

tragung genau aufgezeichnet werden müsse, ohne daß für die als Grundlage dieser Eintragung erforderliche Regulirung des Foliums irgend ein Zeitpunkt bestimmt worden.

Nach dem Allen läßt sich die Anwendung des §. 738. auf Fälle der vorliegenden Art in keiner Hinsicht rechtfertigen. Der Appellations-Richter, der dies verkennt, hat sich daher in der That einer Verletzung des §. 738. durch unrichtige nnd der §§. 732. und 733. a. a. O., sowie der mehrerwähnten Bestimmungen des Patents vom 21. Juni 1825 und der Verordnung vom 31. März 1834 durch unterlassene Anwendung schuldig gemacht.

Die Entscheidung des Appellations-Richters war daher zu vernichten, in der Sache selbst aber der Kläger mit Rücksicht auf die ihm nach §§. 732. 733. zur Seite stehende Vermuthung und auf das ihm durchaus günstige Zeugniß seines Cedenten zum Erfüllungseide zu verstatten. Arg. §§. 24 ff. Tit. 13. der Proceß-Ordnung.

№ 17.

Rechnungslegung über die Verwaltung durch den Eigenthümer, den Erben des Nießbrauchers gegenüber.

Findet die Vorschrift des §. 158. Tit. 14. Thl. I. A. L. R., wonach die Rechnungslegung für erlassen erachtet wird, wenn der Principal dem Verwalter Rechnung abzufordern durch fünf Jahre vernachlässigt hat, außerhalb des eigentlichen Administrations-Vertrages über fremde Güter, und namentlich

auf das Verhältniß des für gemeinschaftliche Rechnung verwaltenden Eigenthümers, den Erben des Nießbrauchers gegenüber, Anwendung?

A. L. R. Thl. I. Tit. 14. §. 158.

Die Lebtagsbesitzerin der Güter Ch. und K., die verwittwete Kastellanin von J. starb am 9. October 1848. Am 25. November 1848 trat der Testaments-Executor derselben diese Güter dem Curator der unbekannten Seitenverwandten väterlicher Linie des Kastellan Joseph von J., wie wohl er berechtigt gewesen, die Verwaltung bis zu Ende des Wirthschaftsjahres fortzuführen, ab, mit dem Vorbehalt, daß die Verwaltung für gemeinschaftliche Rechnung bis zum 1. Juli 1849 geschehe, und mit dem Ablauf des Wirthschaftsjahres zwischen den Erben der Nießbraucherin und des Eigenthümers die Auseinandersetzung nach gesetzlichen Vorschriften erfolge, womit der Curator der unbekannten Eigenthümer einverstanden war. Auf Grund dieser gerichtlichen Verhandlung sind die Güter in den Besitz der Eigenthümer gelangt. Nunmehr erhob der bestellte Curator der Erben der Nießbraucherin Klage auf Rechnungslegung vom 1. Juli 1848 bis dahin 1849. Diesem Anspruch gegen den Curator der unbekannten Eigenthümer wurden in erster Instanz verschiedene Einwendungen entgegen gestellt, welche der erste Richter, das Kreisgericht zu Schroda, am 25. September 1855 verwarf und dem Klageantrage gemäß erkannte.

In zweiter Instanz machte der verklagte Curator principaliter den Einwand geltend, daß die Verpflichtung zur Rechnungslegung erloschen sei, weil die Rechnung abzufordern durch fünf Jahre vernachlässigt worden. Diesen auf §. 158. Tit. 14. Thl. I. A. L. R. gegründeten Einwand

präjudicieller Natur hat der zweite Richter, der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Posen, in dem Urtel vom 16. Juni 1856 für durchgreifend erachtet, weil die Bedingungen desselben vorlägen, und demgemäß den Kläger abgewiesen. Dieser hat die Revision eingelegt und darzuthun gesucht, daß eine Mahnung zur Rechnungslegung früher erfolgt und behauptet worden, was allerdings der Fall war, wie die Klage ergiebt. Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat auch, ohne daß es weiterer Erörterung hinsichtlich der Mahnung bedurfte, den Präjudicial-Einwand verworfen und am 7. Januar 1857 das zweite Erkenntniß insoweit abgeändert, und die Sache selbst zur anderweiten Erörterung und Entscheidung in die zweite Instanz verwiesen und zwar aus folgenden

G r ü n d e n.

Der Appellations-Richter hat ohne in die Sache selbst einzugehen, die Klage auf Rechnungslegung auf Grund des §. 158. Tit. 14. Thl. I. des A. L. R., dessen Bedingungen hier vorlägen, zurückgewiesen und den Präjudicial-Einwand der Verjährung für begründet erachtet. Er hat jedoch das Rechtsverhältniß der Parteien unrichtig aufgefaßt und das angeführte Gesetz irrig angewendet. Die durch den klagenden Curator vertretenen Erben der Nießbraucherin der Güter Ch. und K., der Kastellanin v. J., hatten nach §. 151. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. das Recht, wenn sie sich nicht über die Bestellung eines gemeinschaftlichen Verwalters mit dem Vertreter der Eigenthümer einigten, die Güter selbst bis zum Ablauf des Wirthschaftsjahres für gemeinschaftliche Rechnung zu verwalten. Sie machten von diesem Recht keinen Gebrauch; der Testaments-Executor überließ vielmehr am 23. November 1848 die Güter dem Vertreter der Eigenthümer, mit dem übrigens sich von selbst

vorstehenden Vorbehalt, daß die Verwaltung bis zum 1. Juli 1849 für gemeinschafliche Rechnung geschehe. Kläger war auch ohne diesen Vorbehalt berechtigt, bei der Auseinandersetzung mit dem Verklagten den seinen Curanden gesetzlich zustehenden Antheil der Revenüen der Güter bis zum Todestage der Nießbraucherin, und zur Ermittelung dieses Antheils, Rechnungslegung zu fordern, da Verklagter als der, welcher die Revenüen erhoben, dieselben manifestiren und also Rechnung legen mußte. Die Rechnungslegung ist hier nur das Mittel zur Verfolgung des gesetzlichen Rechts und eine nothwendige Bedingung der definitiven Auseinandersetzung, die Kläger verlangen kann. Wenn aber in solchem Falle der Eigenthümer verwaltet, so geschieht dies nicht auf Grund eines Administrations-Vertrages im Sinne des Tit. 14. Thl. I. des A. L. R., sondern aus eigenem Recht, und es tritt nur rücksichtlich der Revenüen, wenn dem Erben des Nießbrauchers noch ein Anrecht darauf zusteht, eine cummunio incidens ein. — §. 239. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R. — Verklagter würde daher auch ohne jenen Vorbehalt, gleich dem socius und negotiorum gestor — §. 256. Tit. 13. Thl. I. A. L. R., §§. 219 ff. Tit. 17. a. a. O. — allerdings rechnungspflichtig sein. Der Anspruch auf diese Rechnungslegung ist aber an keine andere Frist gebunden, als der auf Verabfolgung des gesetzlichen Revenüen-Antheils, welchen quantitativ festzustellen jene Rechnungslegung zum Zweck hat, und kann also nur durch dreißigjährige Verjährung erlöschen.

Verklagter ist weder Bevollmächtigter des Klägers, noch hat er einen Verwaltungs-Vertrag im eigentlichen Sinne über fremde Sachen geschlossen, er hat nicht einmal ausdrücklich sich verpflichtet, die Güter für gemeinschaftliche Rechnung zu verwalten, Rechnung zu legen und den

Revenuen-Ueberschuß herauszugeben. Der Anspruch des Klägers beruht daher nicht auf einem Administrations-Vertrage, sondern auf dem gesetzlichen Recht der Erben des Nießbrauchers bei der Auseinandersetzung mit dem Eigenthümer. Es unterliegt aber nicht dem mindesten Bedenken, daß die Vorschrift des §. 158. Tit. 14. Thl. I. des A. L. R., welcher lautet:

> Einer ausdrücklichen Erlassung ist es gleich zu achten, wenn der Principal dem Verwalter eine Rechnung abzufordern durch fünf Jahre vernachlässigt hat,

sich nur auf die Verwaltung fremder Sachen und Güter, und den eigentlichen Administrations-Vertrag bezieht. Dies ergiebt nicht nur der ganze Zusammenhang des zweiten Abschnitts Tit. 14. Thl. I. des A. L. R., sondern auch wortdeutlich der Inhalt des Paragraphen, der das Verhältniß eines Principals zum Verwalter und dessen Verpflichtung zur Abforderung der Rechnung, sowie die Verpflichtung des Verwalters, jährlich Rechnung zu legen (§. 139.), voraussetzt. Es ist völlig unstatthaft, diese Vorschrift analog auf ein ganz anderes Rechtsverhältniß zu beziehen, welches eine völlig verschiedene rechtliche Natur hat. Der rechnungspflichtige Eigenthümer, socius, negotiorum gestor ꝛc. hat weder die Verpflichtungen des Verwalters gemäß §§. 100 ff., noch ist er an die Billigung eines Principals gebunden, ihn treffen nicht die Bestimmungen §§. 116 ff. wegen Verantwortlichkeit bei Vernachlässigung der anvertrauten Güter, unterlassener Beitreibung der Einnahme-Reste, der unvortheilhaften Vermehrung der Administrationskosten, wegen der durch seine Hände gehenden Gelder, wegen Substitutions-Befugniß, Credit-Gebens und Nehmens, wegen anderer für den Principal geschlossenen Verträge; auf ihn passen nicht die §§. 135 ff. von der Verpflichtung,

genaue Rechenschaft zu legen und alle Einnahmen und Ausgaben ohne Zeitverlust einzutragen und mit bündigen Belägen zu rechtfertigen, jährlich Rechnung zu legen; auch ist hier kein Principal vorhanden, der die Rechnung jährlich abnehmen müßte, und von dem der Verwalter Rechnungs-Abnahme und Decharge fordern darf. Die rechtlichen Folgen der Verzögerung der Abnahme der Rechnung durch den Principal, wegen Erlaß der Rechnung — §§. 154 ff., 157 ff. — treten so wenig ein, als der Anspruch auf Erstattung von Vorschüssen, Kosten und Besoldung und ein Retentions-Recht in dieser Beziehung.

Die exceptionelle Vorschrift des §. 158. a. a. O. fließt ganz nothwendig aus dem Verhältniß des Principals des dominus negotii, und des Eigenthümers zu dem Verwalter der fremden Sache, und der Natur des eigentlichen Administrations-Vertrages; auf andere Rechtsverhältnisse, in welchen eine Rechnungslegung gefordert werden kann, findet sie durchaus keine Anwendung.

Die Entscheidung des Appellations-Richters mußte daher, auch abgesehen von dem sonstigen Einwande des Klägers, der thatsächlicher Natur ist und zu einer weiteren Erörterung führen würde, abgeändert werden, ohne daß es nöthig erscheint, weiter zu prüfen, ob jene Vorschrift eine Verjährung im eigentlichen Sinne begründet, da diese vielmehr auf das Rechtsverhältniß der Parteien ganz einflußlos ist. —

In der Hauptsache konnte aber nicht erkannt werden, da der Appellations-Richter nur über den Präjudicial-Einwand erkannt hat, und in die Erörterung der Sache nicht eingegangen ist.

№ 18.

Beweislast in Bezug auf Vindication einer Parcelle und Ersitzung des Eigenthums, wider den Inhalt des Hypothekenbuchs.

1) Liegt der Beweis des neueren Eigenthums dem mit der Vindications-Klage belangten Besitzer einer Parcelle erst dann ob, wenn der Kläger den Beweis des Eigenthums erbracht hat, mag auch früher die vindicirte Parcelle Theil des dem Vindicanten gehörigen Grundstücks gewesen sein?
2) Steht der §. 511. Tit. 9. Thl. I. A. L. R. der Ersitzung des Eigenthums entgegen?

A. L. R. Thl. I. Tit. 15. §. 1., Tit. 9. §. 511.

Das Hypothekenbuch der Herrschaft K. ist den 20. Juni 1803 regulirt worden. Auf Grund eines im Jahre 1826 geschlossenen Erbrecesses mit seinen Miterben über den Nachlaß des Grafen Adam Dz. ist der Graf Titus Dz. Eigenthümer der Herrschaft geworden. Als solcher vindicirt er ein Ackerstück, welches jetzt im Besitze des Propinations-Pächters Joseph W. und seiner Kinder ist, und von drei Seiten von der herrschaftlichen Forst, von der vierten von dem Lande der Bauerwirthe zu G. begrenzt ist. Er behauptet, seines Erblassers Vater, der Graf Xaver Dz., habe dies Land seinem Diener Lorenz E. zur lebenslänglichen Nutzung ohne schriftlichen Vertrag gegeben und er selbst habe dies im Jahre 1826 den Lorenz E.'schen Eheleuten

bestätigt. Wenn gleich nun diese bis zu ihrem Tode im Besitze geblieben, und dieser nebst dem übrigen Nachlaß auf deren Tochter, die verehelichte W., und auf Verklagte übergegangen, so hält er sich doch als titulirter Besitzer der Herrschaft K., also auch eines jeden Stückes Landes im Bereich und den Grenzen der Herrschaft, für berechtigt, das gedachte Ackerstück nebst gezogenen Nutzungen zu vindiciren. Die Verklagten haben zugegeben, daß das Ackerstück ursprünglich zur Herrschaft K. gehört habe, sie widersprachen aber der Klage, weil das Grundstück zur Zeit, als Kläger die Herrschaft erworben, nicht mehr dazu gehört habe, indem schon vor neunzig Jahren die Vorbesitzerin des Grafen Xaver Dz., die Gräfin Theophila Sz., das Grundstück den Eltern des Lorenz C. für wichtige geleistete Dienste zum Eigenthum überlassen habe. Sie beriefen sich ferner auf die erwerbende Verjährung von 30 Jahren.

Die Beweisaufnahme ergab nicht, daß der Graf Xaver Dz. dem Lorenz C. das Grundstück nur zum Nießbrauche verliehen habe, nichts destoweniger verurtheilte das Kreisgericht zu Schrimm am 13. September 1855 die Verklagten nach dem Klageantrage, auf Grund des Zugeständnisses, daß dies Grundstück früher zur Herrschaft K. gehört habe, und weil der Einwand der Verjährung nach §. 511. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. ausgeschlossen sei.

Die Verklagten suchten in zweiter Instanz darzulegen, daß der Kläger ohne Besitz und Uebergabe nicht habe Eigenthümer des vindicirten Grundstücks werden können, der Inhalt des Hypotheken-Buchs nichts entscheide, weil jenes nicht als Theil der Herrschaft K. oder als Pertinenz eingetragen sei, und daß der §. 511. a. a. O. der Verjährung nicht entgegenstehe. Sie behaupteten, es sei gemäß §. 617. Tit. 9.

Thl. I. A. L. R., da ihrer Erblasserin der Titel der Erbschaft zur Seite stehe, die zehnjährige Verjährung begründet, jedenfalls sei seit 1819, in welchem Jahre die factische Trennung von der Herrschaft vom Kläger zugestanden sei, die 30jährige Verjährung abgelaufen. Der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Posen erkannte am 3. April 1856 abändernd auf Abweisung der Klage, weil, wenn auch Verklagte den Beweis der Schenkung nicht geführt, ihnen doch die 10jährige, eventuell auch die 30jährige Verjährung zu Gute komme, der §. 511. a. a. O. ihnen nicht entgegenstehe, da Kläger niemals in den Besitz des Ackerstücks gelangt sei, und der §. 511. nur dann auf das Eigenthum angewendet werden könne, wenn der eingetragene Besitzer auf Grund eines rechtsgültigen Titels und wirklicher Uebergabe in den Besitz des Grundstücks gelangt sei.

Kläger legte die Revision ein und wollte namentlich in der Behauptung der Verklagten, daß die W. und also sie selbst, den Titel der Erbschaft geltend machen könnten, einen unmotivirten Widerruf der in erster Instanz aufgestellten Behauptung, daß Lorenz E. das Grundstück seiner Tochter, der verehelichten W. übereignet, finden. Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat durch Erkenntniß vom 13. October 1856 das Appellations-Urtel aus folgenden

Gründen.

bestätigt.

Der Kläger hat als Besitzer der Herrschaft K. die Vindications-Klage angestellt. Die Bedingungen einer solchen aber liegen nicht vor. Er selbst hat sich so wenig, wie sein Erblasser im Besitz des vindicirten Grundstücks befunden. Aus dem Eigenthum der Herrschaft K., welches er nicht durch Erbanfall unmittelbar erworben hat, sondern erst durch den mit seinen Miterben abgeschlossenen Erbreceß vom Jahre

1826, folgt das Recht des Klägers auf das gedachte Grundstück, mochte es auch früher einen Bestandtheil der Herrschaft gebildet haben, nicht. Denn durch den gedachten Erbreceß erwarb er das Eigenthum nur in dem Umfange, wie es damals actuell bestand. In dem Hypothekenbuche, welches erst im Jahre 1803 regulirt worden, sind weder die Größe der Herrschaft angegeben, noch die einzelnen Bestandtheile derselben, und daß namentlich das in Rede stehende Grundstück einen Theil desselben gebildet. Der Kläger kann sich daher nicht bloß auf die Berichtigung des Besitztitels der Herrschaft auf seinen Namen berufen, da gar nicht erhellt, daß das vindicirte Grundstück noch im Jahre 1803 einen Theil der Herrschaft gebildet, und damals noch nicht getrennt war. Es war aber Sache des Klägers nachzuweisen, daß sein auctor Eigenthümer des Grundstücks gewesen und da ihm nicht einmal der Besitz zur Seite steht, daß sein auctor im Besitz gewesen. Nur wenn er ein früheres Eigenthum in seiner oder seines auctor Person dargethan hätte, würde es Verklagten obgelegen haben, den Einwand des neueren Eigenthums darzuthun Das Zugeständniß, daß das Grundstück einmal Theil der Herrschaft gewesen, ändert hierin nichts, da hieraus nicht folgt, daß Kläger oder sein auctor Eigenthümer sei, vielmehr geradehin der Besitz der Verklagten und ihres Vormannes bestritten ist.

Kläger hat als Besitzer von K. das Eigenthum des Grundstücks weder durch den Erbreceß noch das Hypothekenbuch begründet und kann dasselbe eben so wenig als ein Käufer früher abgekommener Pertinenzstücke (Entscheid. Bd. 6. S. 279.) vindiciren. Auch spricht für den Kläger die Lage des Grundstücks nicht, denn abgesehen davon, daß es gleichgültig wäre, ob dasselbe von allen Seiten von Domi-

nialland umschlossen wäre, weil daraus nur die unerhebliche Vermuthung hervorgehen könnte, daß es irgend einmal zur Herrschaft gehört habe, so ist auch die Behauptung des Klägers unbegründet, da er nicht behauptet und dargelegt, daß die sämmtlichen oder die anstoßenden Grundstücke der Gemeinde G., an welche das Grundstück angrenzt, sein Eigenthum seien.

Abgesehen daher davon, daß Kläger den Beweis schuldig geblieben ist, daß die Vorbesitzer der Verklagten das Grundstück nur zum Nießbrauch erhalten, welcher übrigens nur Bedeutung für einen persönlichen Anspruch sämmtlicher Erben des Verleihers haben, die Vindications-Klage des Klägers, als Besitzer von K., aber nicht begründen könnte, ist schon hiernach die Grundlosigkeit der Klage dargelegt. Es steht aber auch den Verklagten der Einwand der erwerbenden Verjährung vollkommen zur Seite. Sie haben das Grundstück mit dem Nachlaß der Lorenz E.'schen Eheleute überkommen und sind berechtigt auf den §. 617. Tit. 9. Thl. I. A. L. R. sich zu stützen. Es ist unerheblich, daß sie in der Klagebeantwortung angeführt haben, daß der Lorenz E. es seiner Tochter übereignet, und erst in zweiter Instanz sich auf das Erbrecht bestimmter berufen haben, denn abgesehen davon, daß jener Ausdruck ein unbestimmter ist, so hat Kläger jene frühere Angabe selbst bestritten und behauptet, daß Verklagte durch Erbanfall in Besitz gelangt seien. Es kann daher von unmotivirtem Widerruf eines früheren Geständnisses, wie Revident vermeint, gar nicht die Rede sein. Der §. 511. Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. steht den Verklagten nicht entgegen, denn diese Vorschrift bezieht sich ihrem Inhalte nach nicht auf das Eigenthum, sondern auf dingliche Rechte, wie dies aus den Worten selbst folgt, und aus der Bestimmung des §. 504. a. a. O

und dem Plenarbeschluß vom 6. März 1854 hervorgeht. Nur bei dinglichen Rechten außer dem Eigenthum vertritt die Eintragung im Hypothekenbuche die Stelle der Uebergabe. Diese ist bei dem Eigenthumserwerbe, abgesehen von gesetzlichen Ausnahmen, wesentlich. Die Eintragung im Hypothekenbuche allein ist für Erwerb und Verlust des Eigenthums ohne Einfluß. (Vergl. Entscheid. Bd. 11. S. 296., Bd. 27. S. 287., Archiv Bd. 4. S. 230., Bd. 5. S. 223. und 259., Bd. 8. S. 8.)

Den Verklagten steht demgemäß, wie auch schon früher in einem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 2. November 1849 angenommen worden, der Umstand nicht entgegen, daß der Besitztitel des Klägers im Hypothenbuche der Herrschaft K. berichtigt ist, und da Verklagte unbestritten seit 1819 im Besitz sind, eine Unredlichkeit ihrer Seits nicht behauptet ist, und selbst der Umstand, daß der Besitz des Erblassers ein unrechtfertiger gewesen (Präjudiz 2359, Entscheid. Bd. 22. S. 296. und Bd. 25. S. 111.) einflußlos wäre, so haben Verklagte durch 10jährigen Besitz das Eigenthum erworben. Um so grundloser erscheint der Klageanspruch, und unnöthig, auf die von den Verklagten eventuell behauptete 30jährige Verjährung einzugehen, vielmehr ist die Entscheidung des Appellations-Richters vollkommen begründet.

№ 19.

Anweisung im Kaufgelderbelegungs-Verfahren.

Hat die im Kaufgelderbelegungs-Verfahren einem Gläubiger vom Richter ertheilte Anweisung auf die

vom Adjudicatar nicht eingezahlten Kaufgelder, für sich allein nicht die Wirkung einer wirklichen Zahlung, und hebt sie insbesondere die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners gegen seinen Gläubiger nicht auf?

A. L. R. Thl. I. Tit. 16. Abschnitt 2. und 5.
Verordnung vom 4. März 1834, über das Subhastations- u. Kaufgelderbelegungs-Verfahren, §§. 17—20. (G. S. 39.)
Verordnung vom 4. Juli 1822. (Ges. Samml. S. 178.)
Entscheid. des Ober-Tribunals, Bd. X. S. 153 ff.

Für die Geschwister W. haftete aus der Obligation der Wittwe S. vom 20. November 1839 auf zwei Grundstücken derselben, einer Mühle Nr. 10. und einer Zehnmorgenstelle Nr. 62. zu T., ein zu fünf Procent verzinsliches Darlehnscapital von 1,200 Thlr. Im Jahre 1848 kam zuerst die Mühle, im Wege der Execution, zur Subhastation und wurde sie dem Müller Carl L., als Meistbietenden, für 505 Thlr. zugeschlagen. Bei der Vertheilung dieses Kaufgeldes kamen die Geschwister W. mit ihrem Intabulate von 1,200 Thlr. nur auf Höhe von 191 Thlr. 24 Sgr. 4 Pf. zum Ansatz und wurden mit diesem Betrage in der Kaufgelderbelegungs-Verhandlung vom 17. September 1849 auf die vom Adjudicatar nicht eingezahlten Kaufgelder angewiesen. Wegen Nichtzahlung des Kaufgeldes wurde im November 1851 die Mühle resubhastirt und mittelst Adjudications-Bescheides vom 26. September 1852 dem Müller Gottfried L., für sein Gebot von 701 Thlr., zugeschlagen und die Gläubiger wurden, wie bei der früheren Vertheilung, darunter auch die Geschwister W., auf das nicht eingezahlte Kaufgeld, welches, als rückständig, im Hypotheken-

buche vermerkt worden, verwiesen. Aber auch dieser Adjudicatar zahlte nicht und im November 1853 wurde das Grundstück, auf den Antrag eines Realgläubigers, zum dritten Male ausgeboten und in dem diesfälligen Verfahren von der ursprünglichen Subhastatin, der Wittwe S., für 605 Thlr. erstanden, welche auch das Kaufgeld im September 1854 baar zum gerichtlichen Depositorium einzahlte.

Bei der Vertheilung dieser Kaufgelder liquidirte die Wittwe S. für sich selbst zur zweiten Classe den Werth eines für sie eingetragenen Altentheils und es wurden, auf Grund des Anerkenntnisses der übrigen Real-Gläubiger, 132 Thlr. 7 Sgr. 10 Pf. zu einer Specialmasse genommen und festgesetzt:

> daß der von dieser Masse bei dem Tode der Wittwe S. verbleibende Ueberrest nach Inhalt der früheren Kaufgelderbelegungs-Verhandlung vom 1. November 1852 auf die Sportelcasse zu S. mit 62 Thlr. 4 Sgr. 3 Pf., den Bürgermeister R. mit 273 Thlr. 21 Sgr. und die Geschwister W. mit 191 Thlr. 24 Sgr. 4 Pf., in dieser Ordnung und Reihenfolge, fallen sollte,

was rücksichts dieser zuletzt erwähnten Gläubiger so viel hieß, als daß sie aus dieser Kaufgelder-Masse nichts erhielten. Inmittelst war aber auch das zweite Grundstück der Wittwe S., die Zehnmorgenstelle Nr. 62. zu T. zur nothwendigen Subhastation gelangt und von dem Prediger B. erstanden worden, welcher die Kaufgelder bereits im Termine vom 13. Mai 1854 vollständig eingezahlt hatte. Bei deren Vertheilung liquidirten die Geschwister W. denjenigen Betrag ihrer Darlehnsforderung, an Capital und Zinsen, mit zusammen 1,342 Thlr. 20 Sgr. 5 Pf., mit welchem sie bei der Subhastation des Mühlengrundstücks Nr. 10. ganz ausgefallen, nicht aber auch diejenigen 191 Thlr. 24 Sgr.

4 Pf., mit denen sie auf dessen Kaufgelder angewiesen worden waren, ohne sie bis dahin erhalten zu haben, denn die zweite Resubhastation war zur Zeit der Vertheilung der Kaufgelder der Zehnmorgenstelle Nr. 62. noch nicht bis zum Zuschlage gediehen. — Die bei der Kaufgelder-Masse der Letzteren liquidirten 1,342 Thlr. 20 Sgr. 5 Pf. erhielten die Geschwister W. nicht nur vollständig ausgezahlt, sondern es blieben von diesen Kaufgeldern noch 478 Thlr. zur Vertheilung an postlocirte Gläubiger übrig.

Als nun die Geschwister W. durch die Vertheilung der Kaufgelder des Mühlengrundstücks Nr. 10., die erst am 16. September 1854 erfolgte, die Ueberzeugung erlangten, daß sie aus diesen Kaufgeldern auch nicht das Geringste auf ihr Liquidat von 191 Thlr. 24 Sgr. 4 Pf. erhalten könnten, belangten sie die Wittwe S., als ihre persönliche Schuldnerin, klagend, unter Begebung ihres Pfand- und Hypothekenrechts, mit dem Antrage:

> Die Verklagte zur Zahlung von 191 Thlr. 24 Sgr. 4 Pf. nebst Zinsen seit dem 1. Juli 1849, als dem Tage der Kaufgeldervertheilung des Mühlengrundstücks in der ersten Subhastation, zu verurtheileu.

Die Verklagte bestritt ihre Verbindlichkeit, indem sie einwandte, die Kläger seien bei der Vertheilung der Kaufgelder für das Mühlengrundstück, auf diese Kaufgelder nicht bloß *angewiesen*, sondern es seien ihnen die Letzteren auf Höhe ihres Percipiendi, nach Ausweis des betreffenden Protocolls, mit der Wirkung einer Angabe an Zahlungsstatt, *überwiesen* worden, wodurch die Forderung an sie für getilgt angesehen werden müsse, event. wandte sie ein, die Kläger trügen die Schuld ihres Verlustes allein, da sie bei rechtzeitiger Liquidirung bei der Kaufgeldermasse

des Zehnmorgen-Grundstücks ihre vollständige Befriedigung hätten erlangen können.

Das Gericht erster Instanz, das Kreisgericht zu Cüstrin, erkannte auch am 13. März 1855 auf Abweisung der Kläger, indem es annahm, daß denselben die Kaufgelder des Mühlengrundstücks in dem geforderten Betrage definitiv und mit der Wirkung überwiesen worden seien, daß sie wegen ihrer ursprünglichen Forderung an die Verklagte für befriedigt angesehen werden müßten, und sich deshalb nur an den ersten Adjudicatar des Grundstücks hätten halten können. Auch hätten Kläger zur Erhaltung ihres persönlichen Anspruchs an die Verklagte, ihrem Pfand- und Hypothekenrechte im ersten Kaufgelderbelegungs-Termine des Mühlengrundstücks entsagen und gar nicht gegen die Masse liquidiren müssen, dadurch, daß sie letzteres gethan und die Anweisung auf den Adjudicatar Carl L. angenommen, seien sie ihres Klagerechts gegen die persönlich verpflichtete Schuldnerin verlustig gegangen.

Auf die Appellation der Kläger änderte aber der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Frankfurt unterm 18. December 1855 die erste Entscheidung und verurtheilte die Verklagte nach dem Klageantrage zur Zahlung von 191 Thlr. 24 Sgr. 4 Pf. nebst Zinsen, indem der zweite Richter annahm, daß nach Ausweis der Subhastations-Acten über das Mühlengrundstück Nr. 10. den Klägern nur eine Anweisung im Sinne des §. 251. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. ertheilt sei, welche nicht die Wirkung habe, daß dadurch ihre Forderung selbst, auch ohne Zahlung des Adjudicatars, getilgt worden sei. Dies habe nach §§. 17. und 19. der Subhastations-Ordnung vom 4. März 1834 nur durch ein förmliches Abkommen zwischen den Klägern, als den angewiesenen Gläubigern und dem Adjudicatar, in Folge dessen

Erstere den Letzteren zu ihrem Schuldner ausdrücklich angenommen, bewirkt werden können. Eine solche besondere Verabredung sei hier weder behauptet, noch sei darüber aus den Subhastations-Acten etwas zu entnehmen.

Die gegen diese Entscheidung von der Verklagten eingelegte, auf Verletzung der vorstehend erwähnten Gesetze, sowie der §§. 388. und 400. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 gestützte Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem vierten Senate des Ober-Tribunals mittelst Erkenntnisses vom 4. November 1856, verworfen worden.

Gründe.

Die Annahme des Appellations-Richters, daß die Kläger in der Kaufgelderbelegungs-Verhandlung vom 17. September 1849 auf den, nach Abzug einer ihnen vorgehenden Realforderung, verbliebenen Kaufgelderrest von 191 Thlr. 24 Sgr. 4 Pf. nur angewiesen, nicht daß ihnen der Anspruch an den Adjudicatar mit der Wirkung einer Cession überwiesen sei, entspricht vollkommen dem Inhalte der Kaufgelderbelegungs-Verhandlung und der rechtlichen Bedeutung dieses Inhaltes. Die in zweiter Instanz den Parteien vorgelegten Subhastations-Acten des Gottfried L.'schen Mühlengrundstücks zu T. vom Jahre 1848, ergeben nämlich über dieses Kaufgelderbelegungs-Verfahren, daß in dem hierzu anberaumten Termine vom 17. September 1849, der Adjudicatar Carl L. überhaupt nicht erschienen war, und daß die Vertheilung des von ihm zu zahlenden Meistgebots, welches mit Einschluß der Zinsen 527 Thlr. 19 Sgr. 7 Pf. betrug, ohne seine Zuziehung an die erschienenen Gläubiger, den Bürgermeister R., als Extrahenten der Subhastation, und die Kläger, Geschwister W., erfolgte. Für letztere blieben, nach Befriedigung des R., auf ihre 1334 Thlr. 15 Sgr. betragende Forderung, nur zu verthei-

len 191 Thlr. 24 Sgr. 4 Pf. und in Betreff dieses Kaufgelderrestes heißt es in der Verhandlung:

auf dieses Liquidat (der 1334 Thlr. 15 Sgr.) wird der separirten J. und dem Gutsbesitzer W. der vorstehende Rest der Kaufgelder mit 191 Thlr. 24 Sgr. 4 Pf. überwiesen, mit dem Mehrbetrage fällt er aus und ist somit das ganze Kaufgeld der 527 Thlr. 19 Sgr. 7 Pf. vertheilt.

Eine Erklärung des die Liquidanten, Geschwister W., vertretenden Mandatars findet sich in der Verhandlung so wenig, wie von dem nicht erschienenen Adjudicatar, und kann also auch nicht angenommen werden, daß zwischen Ersteren und Letzterem ein besonderes persönliches Schuldverhältniß constituirt worden sei, was nur dadurch hätte begründet werden können, wenn der Adjudicatar sich gegen diese Gläubiger selbstschuldnerisch verpflichtet hätte, ihre Hypothekenforderung aus den von ihm schuldigen Kaufgeldern, soweit diese dazu hinreichten, zu befriedigen, und wenn die Geschwister W. den Adjudicatar, mit Entlassung ihres ursprünglichen Schuldners aus seiner Verbindlichkeit, zu ihrem Schuldner angenommen hätten.

In dem im zehnten Bande der Entscheidungen S. 153 ff. abgedruckten Falle hatte der Adjudicatar das eingetragene Capital, um welches es sich dort handelte, selbstschuldnerisch übernommen und es war ihm gerade unter dieser Bedingung der Zuschlag ertheilt worden, so daß dort kein Bedenken obwalten konnte, die Hypotheken-Gläubigerin, welche die selbstschuldnerische Verpflichtung des Adjudicatars gegen sich angenommen hatte, dadurch für befriedigt und ihr Verhältniß zu ihrem ursprünglichen Schuldner, für aufgelöset anzusehen. Ein solches Verhältniß waltet aber hier nicht vor, wo bloß der Subhastations-Richter

die Vertheilung der, von dem Adjudicatar nicht berichtigten Kaufgelder vorgenommen und die Gläubiger, soweit diese dazu ausgereicht, darauf verwiesen hat. In dieser Verweisung, wenn auch der Ausdruck: „überweisen" gebraucht worden, kann nichts weiter, als eine Anweisung im rechtlichen Sinne gefunden werden; denn der Subhastations-Richter, welcher die Vertheilung der Kaufgelder zu bewirken hat, kann, wenn diese nicht baar eingezahlt sind, nur Anweisungen auf den Zahlungspflichtigen ertheilen und die, sein Verfahren regelnde Verordnung vom 4. März 1834 spricht nicht davon, daß eine solche richterliche Ueberweisung die Wirkung einer Aufhebung der ursprünglichen Schuldverbindlichkeit, selbst bei ausbleibender Zahlung Seitens des Adjudicatars, haben solle. In den §§. 17—20. derselben wird die Anwesenheit des Adjudicatars im Kaufgelderbelegungs-Termine vorausgesetzt und unter dieser Voraussetzung gesagt:

> Die Befriedigung der Gläubiger geschieht durch Uebernahme ihrer Forderungen von Seiten des Käufers oder durch Zahlung;

einer Anweisung oder Ueberweisung durch den Richter geschieht nur indirect in sofern Erwähnung, als es am Schlusse des §. 19. heißt:

> Ein jeder auf den Kaufgelder-Rückstand angewiesene Gläubiger ist befugt, zu verlangen, daß ihm von der Eintragungs-Urkunde (über den Kaufgelder-Rückstand) nach Maaßgabe des ihm zustehenden Vorrechts, eine Theilobligation abgezweigt werde;

es ergiebt aber auch diese Bestimmung nichts darüber, daß die Anweisung auf die Kaufgelder, an sich, eine andere Wirkung haben solle, als jede andere Anweisung, nämlich die, daß der Angewiesene dadurch ermächtigt wird, statt des Auftragenden, bei einem Dritten eine Zahlung für seine

eigene Rechnung zu erheben, daß also nicht durch die bloße Anweisung auch ohne Zahlung, eine Aufhebung der ursprünglichen Schuldverbindlichkeit bewirkt werde.

Daß der Subhastations-Richter selbst die Sache nicht anders angesehen hat, ergiebt sich mit Bestimmtheit daraus, daß er bei der nachfolgenden Resubhastation des Mühlengrundstücks, die Kläger so wenig, wie den ihnen vorgehenden Realgläubiger R., durch die Anweisung auf die Kaufgelder des ersten Adjudicatars, für befriedigt angesehen, vielmehr die neuen Kaufgelder auf sie eben so vertheilt hat, als wenn sie keine Anweisung von dem früheren Adjudicatar erhalten hätten und so kann denn auch dem Appellations-Richter nicht schuld gegeben werden, daß er das Wesen und den rechtlichen Charakter des vorliegenden Rechtsgeschäfts verkannt habe, wenn er letzteres nicht für eine Ueberweisung in vim cessionis, wodurch die Befriedigung der Kläger, resp. die Aufhebung der Schuldverbindlichkeit der Verklagten gegen sie, bewirkt worden sei, angesehen, sondern der Kaufgeldervertheilung nur die Wirkung einer Anweisung, im Sinne des §. 251 ff. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. beigemessen hat. Zu einer Ueberweisung, mit der Wirkung einer Cession hätte es, wenn man auch dem Subhastations-Richter das Recht dazu, gleichwie bei der Ueberweisung nach der Verordnung vom 4. Juli 1822, einräumen will, jedenfalls einer bestimmten, diese Wirkung aussprechenden Erklärung des Richters und einer Annahme der Ueberweisung Seitens des Gläubigers bedurft.

Die neuere Concurs-Ordnung kann auf den vorliegenden älteren Fall einer Subhastation, bei der es zu einem Concurse überhaupt nicht gekommen ist, keine Anwendung finden, es kann also auch die Frage hier auf sich beruhen bleiben, was unter dem, in den §§. 388. und 400. der Er-

steren gebrauchten Ausdrücke: „übereignen" und „Uebereignung" zu verstehen sei; auf die Auslegung der Verordnung vom 4. März 1834 sind jene Ausdrücke jedenfalls ohne Einfluß, da sie in dieser nicht gebraucht werden.

№ 20.

Zwischenraum zwischen zwei Häusern.

Ist ein Hauseigenthümer berechtigt, wider den Willen des anderen, auf Naturaltheilung des gemeinschaftlichen, zwischen den beiderseitigen Häusern belegenen Zwischenraums, oder dessen öffentlichen Verkauf, Behufs Aufhebung der Gemeinschaft anzutragen?

A. L. R. Thl. I. Tit. 17. §. 75. u. Tit. 8. §§. 118—120.

Ein zwischen dem Schulhause der evangelischen Gemeinde und dem Hause des Th. W. zu B. belegener, beiden gemeinschaftlich zugehöriger Zwischenraum ist der Gegenstand vielfacher und langjähriger Streitigkeiten unter Hauseigenthümern geworden. Die evangelische Gemeinde hat hiervon Veranlassung genommen, die Naturaltheilung des Zwischenraums in der Art, daß jedem Hauseigenthümer die Hälfte als ausschließliches Eigenthum zugemessen und, von jedem Anspruche des Anderen befreit, zugetheilt werde, oder den öffentlichen Verkauf des Zwischenraums Behufs Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, und demgemäß durch ihren Vorstand, im Widerspruch mit dem Hauseigenthümer Th. W., darauf angetragen:

denselben zu verurtheilen, sich diese Theilung oder den öffentlichen Verkauf des Zwischenraums gefallen zu lassen. In erster Instanz abgewiesen, durch Erkenntniß der Kreisgerichts-Deputation zu Hattingen, vom 13. Juni 1855, erstritt Klägerin in zweiter eine in soweit obsiegliche Entscheidung, als der Verklagte durch Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Hamm, vom 31. Januar 1856, verurtheilt wurde, sich die Theilung des in Rede stehenden Zwischenraums gefallen zu lassen, wogegen die Feststellung der Theilungsart und deren Ausführung einem besonderen Verfahren vorbehalten blieb.

Beide Theile revidirten hiergegen. Auf die Revision des Verklagten ist demnächst die Entscheidung des Appellations-Richters von dem dritten Senate des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 14. November 1856 abgeändert, die klagende Gemeinde mit ihrem Antrage auf Naturaltheilung oder öffentlichen Verkauf des Zwischenraums völlig abgewiesen und hiermit ihre eigene Beschwerde wegen des Separatums für erledigt erachtet worden.

Gründe.

Wenn auch die Beschwerde der klagenden Gemeinde in sofern begründet erscheint, als für den Appellations-Richter in der That kein Grund vorhanden war, sich der Entscheidung über die seinem Urtheile gleichfalls unterbreitete Frage zu entziehen, in welcher Art — ob durch Naturaltheilung oder öffentlichen Verkauf — die von der Klägerin beantragte Aufhebung der bisherigen Gemeinschaft in Betreff des streitigen Zwischenraums zu bewirken sei? so kann doch diese Frage auch jetzt auf sich beruhen, da die Vorfrage über Zulässigkeit dieser Aufhebung überhaupt zum Nachtheile der Klägerin verneint werden muß.

Der Appellations-Richter, der diese Vorfrage bejaht,

verkennt die eigenthümliche Natur des in Rede stehenden Platzes, welcher als ein zwischen den beiderseitigen Häusern bestehender Zwischenraum im Sinne des §. 120. Thl. I. Tit. 8. A. L. R. aufzufassen ist, wie dies auch nach den ergangenen Vorentscheidungen unter den Parteien unzweifelhaft feststeht. Allerdings sind auch dergleichen Zwischenräume ein gemeinschaftliches Eigenthum der beiden Hauseigenthümer. Die Vorschriften in §. 75. Tit. 17. Thl. I. A. L. R., wonach jeder Theilnehmer die Theilung der gemeinschaftlichen Sache verlangen kann, wenn nicht ausdrückliche Gesetze, Verträge oder rechtsgültige Verordnungen eines Dritten entgegenstehen, ist aber dennoch auf solche Zwischenräume nicht anwendbar.

Die besonderen, hier einschlagenden Vorschriften sind in den §§. 118—120. Tit. 8. a. a. O. enthalten. Nach §. 118. sollen die Raine oder sogenannten Pflugrechte zwischen benachbarten Grundstücken, der Regel nach, als ein gemeinschaftliches Eigenthum der Adjacenten angesehen werden. Der §. 119. bestimmt sodann: sie dürfen also von keinem der benachbarten Besitzer, ohne Einwilligung der Miteigenthümer, verändert oder geschmälert werden. Hiernächst heißt es weiter:

§. 120. Auch die Winkel oder Zwischenräume zwischen den Häusern werden in der Regel für gemeinschaftlich geachtet. —

Schon dieser Zusammenhang des §. 120. mit dem vorhergehenden §. 119. und die ausdrückliche Vermittelung desselben mit der copula „auch" spricht dafür:

daß nach der Absicht des Gesetzgebers von den Winkeln oder Zwischenräumen zwischen zwei Häusern dasselbe gelten solle, was §. 119. hinsichts der sogenannten Raine oder Pflugrechte disponirt, daß daher auch dergleichen

Zwischenräume — ohne Einwilligung der Miteigenthümer „ — nicht verändert oder geschmälert werden dürfen. Nun könnte zwar eingewendet werden, daß, wenn auch das Gesetz die einseitige Veränderung oder Schmälerung der Raine und Zwischenräume untersage, daraus noch nicht die Unzulässigkeit der Aufhebung der Gemeinschaft durch Realtheilung oder öffentlichen Verkauf folge, da die dieserhalb bestehenden und für alle Gemeinschaften geltenden Bestimmungen durch das Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen seien, so wie, weil die freiwillige Aufhebung der Gemeinschaft erfolgen könne, auch die unfreiwillige für zulässig erachtet werden müsse. Die eigenthümliche Bestimmung und Natur der Zwischenräume beseitigt indessen jeden Zweifel, so daß selbst dann, wenn der §. 119. a. a. O. auf Zwischenräume nicht auszudehnen ist, die Unanwendbarkeit des §. 75. Tit. 17. Thl. I. A. L. R. auf Zwischenräume angenommen werden muß.

Die Bestimmung der Zwischenräume ist die Aufnahme und Abführung der Feuchtigkeit, welche sich von und zwischen den benachbarten Häusern sammelt, und überhaupt der über den ganzen Zwischenraum sich erstreckende Nutzen jedes Grundstücks. Das gemeinschaftliche Eigenthum, welches nach dem Landrechte an den Zwischenräumen stattfindet, ist hiernach, wenn man dessen juridischen Charakter ins Auge faßt, keine selbstständige Gemeinschaft. Die aus demselben abzuleitenden Befugnisse des einen und Einschränkungen des anderen Theils sind vielmehr mit jedem der benachbarten Häuser dergestalt verbunden, daß sie als ein Zubehör desselben betrachtet werden müssen, und eben deswegen von keinem Hause ohne Bewilligung des Eigenthümers von dem Nachbar getrennt werden können. (§. 191. Tit. 8. Thl. I. A. L. R.) Durch die Realtheilung oder den öffentlichen Verkauf des Zwischenraums würde nun aber nicht bloß das

gemeinschaftliche Eigenthum an dem Grundstücke selbst aufgehoben, sondern auch alles das beseitigt werden, was als dem benachbarten Hause zustehende Befugniß und gesetzlich begründete Einschränkung des anderen Theils anzusehen ist. Die Aufhebung der Gemeinschaft würde mithin Rechte vernichten, die der willkürlichen Einwirkung des Klägers entgegen sind, und dies kann für zulässig nicht erachtet werden.

Die besonderen Bestimmungen der Agrargesetzgebung in Bezug auf ländliche Grundstücke, und Aufhebung dabei bestehender Gemeinheiten, sind selbstredend auf den vorliegenden Fall ohne Einfluß.

Hiernach mußte, der Beschwerde des Verklagten entsprechend, der Antrag der klagenden Gemeinde auf Naturaltheilung des streitigen Zwischenraums oder dessen öffentlichen Verkauf, unter Abänderung des Appellations-Erkenntnisses, zurückgewiesen werden.

№ 21.

Vorkaufsrecht. Erbschaftskauf.

1. Findet das im §. 65. Thl. I. Tit. 17. des A. L. R. den Betheiligten vorbehaltene Vorkaufsrecht nur bei Kaufgeschäften über einzelne bestimmte körperliche Sachen, oder auch dann statt, wenn einer von mehreren Miterben sein Erbschaftsrecht, d. h. seine Erbquote, mittelst Erbschafts-Kaufvertrages an einen Fremden veräußert hat?

2. Erfordert die Ausübung des Vorkaufsrechts nothwendig die Fortsetzung der Gemeinschaft mit den übrigen Interessenten?

A. L. R. Thl. I. Tit. 17. §§. 115., 61—65., Tit. 20. §. 568.

Der Gutsbesitzer Johann August H. hat in seinem Testamente seine zehn Kinder, und unter diesen namentlich auch den Gutspächter August H., den jetzigen Kläger, und den inzwischen nach Australien ausgewanderten Carl H., zu Erben eingesetzt, zugleich aber bestimmt, daß seine Wittwe lebenslang im Besitze und Nießbrauche des gesammten Nachlasses verbleiben und kein Kind berechtigt sein solle, vor ihrem Tode Theilung und Erbtheil zu fordern. Die Wittwe H. ist noch am Leben und die Erben befinden sich zur Zeit noch im ungetheilten Besitze des ganzen Nachlasses. Wenn gleich die Wittwe und der Kläger früher die gerichtliche Nachlaßregulirung beantragt haben, so sind doch diesem Antrage die übrigen Erben nicht beigetreten, und eine gerichtliche Auseinandersetzung ist noch gar nicht eingeleitet. Zu dem väterlichen Nachlasse gehören auch mehrere Grundstücke, von welchen der Besitztitel für alle Erben gemeinschaftlich berichtigt ist. Der Carl H. hat vor seiner Auswanderung nach Australien sein Erbrecht und seinen Antheil am gemeinschaftlichen väterlichen Nachlasse, mittelst gerichtlichen Contracts vom 10. December 1853 an den Itzig S. für 200 Thlr. verkauft. Gegen diesen will nunmehr der Gutspächter August H., im Einverständnisse mit den übrigen Miterben, auf Grund der §§. 61 ff. Thl. I. Tit. 17. des A. L. R., das Vorkaufsrecht ausüben, weshalb er dahin angetragen hat:

den S. zur Anerkennung seines gesetzlichen Vorkaufs-

rechts und zur Abtretung der durch den Vertrag vom 10. December 1853 erworbenen Rechte des Carl H. an dem Johann H.'schen Nachlasse für den Kaufpreis von 200 Thlr. für schuldig zu erachten.

Der Verklagte wandte zwar ein, der §. 61. a. a. O. räume den übrigen Theilnehmern das Vorkaufsrecht nur ein, wenn dieselben die Gemeinschaft unter sich fortsetzen wollten, hier aber sei die Theilung des Nachlasses bereits beantragt, und zu diesem Behufe auch schon die Taxe des Nachlaßgrundstücks aufgenommen, und es finde ferner das Vorkaufsrecht nur beim Verkaufe bestimmter Sachen, nicht aber beim Erbschaftskaufe statt; dennoch ist durch die gleichlautenden Urtel des Kreisgerichts zu Rosenberg und des Appellations-Gerichts zu Marienwerder vom 7. December 1855 und resp. vom 12. Juni 1856, dem Klageantrage gemäß erkannt und der erste Senat des Ober-Tribunals hat in seiner Sitzung vom 31. October 1856 die von dem Verklagten noch eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe.

Der Appellations-Richter gründet die Verurtheilung des Verklagten auf die §§. 115., 60., 63 ff. Thl. I. Tit. 17. des A. L. R., die durch das Gesetz vom 2. März 1850 — §. 4. — unberührt geblieben wären, und führt auf Grund des §. 568. Thl. I. Tit. 20., der §§. 1 ff. Thl. I. Tit. 2. und des §. 447. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. aus, daß danach den Miterben im Allgemeinen das Vorkaufsrecht auch auf die von einem derselben im Wege des Erbschaftsverkaufs an einen Fremden veräußerte Quote des Erbschaftsrechts zugestanden werden müsse. Die Behauptung des Verklagten, daß die Aufhebung der Gemeinschaft von den Miterben beabsichtigt werde und die Einleitung des Theilungs-Verfahrens bereits beantragt sei, erklärt der Ap-

pellations-Richter für unerheblich, weil zur Zeit die Gemeinschaft noch vorhanden, die Fortsetzung derselben auch keinesweges Bedingung des Vorkaufsrechts, letzteres vielmehr auch dann noch zulässig sei, wenn nach Veräußerung der Antheile aller übrigen, resp. nach Uebertragung der Antheile auf Einen Mitgenossen, dieser den Eintritt eines Fremden durch Ausübung des Vorkaufsrechts hindern wolle.

Gegen diese Argumentation kämpft die Nichtigkeits-Beschwerde an; der Implorant wirft dem Appellations-Richter eine unrichtige Anwendung der §§. 61. 64. u. 65. Thl. I. Tit. 17., so wie eine Verletzung des §. 568. Thl. I. Tit. 20. des A. L. R. vor. Das Vorkaufsrecht der Miteigenthümer finde, meint er, nur bei der Veräußerung einer im Miteigenthume befindlichen Sache, nicht aber bei der Veräußerung eines Miterbrechts im Wege des Erbschaftskaufes statt, zumal wenn die übrigen Miterben nicht in der Gemeinschaft bleiben wollten, sondern auf Theilung angetragen hätten.

Diese Beschwerde erscheint indessen nicht begründet, die entgegengesetzte Ansicht des vorigen Richters vielmehr gesetzlich in der That gerechtfertigt. —

Der Kläger und der Autor des Verklagten, die Gebrüder August und Carl H., sind in dem väterlichen Testamente 1843 nebst ihren übrigen acht Geschwistern zu Erben eingesetzt. Ihr gemeinschaftliches Eigenthum an diesem, zur Zeit noch ungetheilten väterlichen Nachlasse ist mithin durch Verordnung eines Dritten entstanden. Bei einer derartigen Gemeinschaft kann, da die gemeinschaftlichen Rechte der Miterben nach den allgemeinen Grundsätzen vom Miteigenthume zu beurtheilen sind, — §. 115. Thl. I. Tit. 17. des A. L. R. — jeder Theilnehmer sein Anrecht nicht bloß einem Mitgenossen gültig abtreten, — §. 63. ebend. —

sondern es ist auch die Abtretung des Miteigenthums an einen Fremden in der Regel zulässig. — §. 64. ebend. — Doch — fügt sodann der folgende §. 65. hinzu — haben auch in diesem Falle die übrigen Interessenten das Vorkaufsrecht nach den §. 61. und 62. enthaltenen Bestimmungen. Der Appellations-Richter nimmt an, daß dies gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigenthümer durch das Gesetz vom 2. März 1850. (Ges. Samml. 1850. S. 77. 80. 82.) unberührt geblieben sei; das bestreitet der Implorant auch an sich nicht, und es kann diese Annahme auch keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Nach §. 2. dieses Gesetzes werden zwar ohne Entschädigung aufgehoben:

> (6) die Vorkaufs-Näher und Retraktrechte an Immobilien — jedoch mit Ausnahme der im §. 4. aufgeführten,

in diesem §. 4. wird jedoch ausdrücklich verordnet:

> das Vorkaufsrecht derjenigen, die eine Sache gemeinschaftlich zu vollem Eigenthum besitzen, an deren Antheilen, bleibt in Kraft. —

Die eigentliche Streitfrage ist vielmehr die:

> ob das, den übrigen Interessenten im §. 65. a. a. O. vorbehaltene Vorkaufsrecht nur bei Kaufgeschäften über einzelne bestimmte körperliche Sachen oder auch dann stattfindet, wenn Einer von mehreren Miterben sein Erbschaftsrecht. d. h. seine Erbquote, mittelst Erbschafts-Kaufvertrages an einen Fremden veräußert hat?

Der Appellations-Richter hat dieselbe im Sinne der letzteren Alternative beantwortet, während der Implorant dies Vorkaufsrecht auf die Veräußerung einer im Miteigenthum befindlichen S a c h e beschränken, nicht aber bei der Veräußerung eines Miterbrechts, im Wege des Erbschaftskaufs gestatten will. —

Es kommt dabei vornämlich auf eine richtige Auffas-

fung des Vorkaufsrechts an; der §. 568. Thl. I. Tit. 20. des A. L. R. giebt dessen Begriff dahin an:

das Vorkaufsrecht ist die Befugniß, eine, von dem Eigenthümer an einen Dritten verkaufte Sache, unter den Bedingungen des geschlossenen Kaufs, oder unter gewissen im Voraus bestimmten Bedingungen, käuflich zu übernehmen. —

Man mag dem Imploranten soviel einräumen, daß das erwähnte Vorkaufsrecht der Miteigenthümer in den bei weitem meisten Fällen seiner Anwendung bei Verkäufen körperlicher Sachen ausgeübt werden mag; es fragt sich indessen nur, ob das Vorkaufsrecht der Begriffsbestimmung des §. 568. a. a. O. zu Folge auf dergleichen Sachverkäufe beschränkt werden muß, oder ob es nach den sonstigen allgemeinen Grundsätzen des A. L. R. und nach dessen Terminologie nicht auch auf Erbschaftskäufe bezogen werden kann? und in dieser Beziehung wird man dem Appellations-Richter beipflichten müssen. — Der §. 568. a. a. O. erfordert, soweit es hier überhaupt darauf ankömmt, zur Ausübung des Vorkaufsrechts nur

a. daß eine Sache an einen Dritten verkauft und

b. daß ein Kauf geschlossen sei. —

Beide Voraussetzungen treffen hier zu. —

Zu a. Sache überhaupt heißt im Sinne des Gesetzes Alles, was der Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit sein kann — §. 1. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. — Auch die Handlungen der Menschen, ingleichen ihre Rechte, insofern dieselben den Gegenstand eines anderen Rechts ausmachen, sind unter der allgemeinen Benennung von Sachen begriffen — §. 2. — Im engern Sinne wird Sache nur dasjenige genannt, was entweder von Natur oder durch die Uebereinkunft der Menschen eine Selbstständ-

digkeit hat, vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden Rechts sein kann — §. 3. — Zu diesen Sachen in der Rechtsidee gehört nun auch eine Erbschaft. Die Erbschaft eines Verstorbenen besteht in dem Inbegriffe aller seiner hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten, — §. 350. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R. — eine Begriffsbestimmung, von welcher, richtig gedeutet, auch die §§. 34. und 35. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. —

> der Inbegriff der Sachen und Rechte eines Verstorbenen heißt dessen Verlassenschaft,
>
> In Beziehung auf denjenigen, welcher dergleichen Inbegriff überkömmt, wird solcher Erbschaft genannt.

nicht abweichen. — vergl. Entscheidungen Bd. 5. S. 355. 356. — Was wegen eines Inbegriffs von Sachen und Rechten überhaupt vorgeschrieben ist, findet auch bei Erbschaften Anwendung — §. 351. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R. — Unter dem Marginale: „Inbegriff von Sachen und Rechten" schreiben aber die §§. 32. und 33. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. vor:

> Mehrere besondere Sachen, die mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, machen einen Inbegriff von Sachen aus, und werden, zusammengenommen, als ein einzelnes Ganze betrachtet. — Auch der Inbegriff aller einzelnen Sachen und Rechte, die einem Menschen zugehören, kann als ein einzelnes Ganze angesehen werden.

An diese Bestimmungen und namentlich an die zuletzt gedachte Definition des Vermögens eines Menschen (§. 33.) schließen sich sodann die oben mitgetheilten §§. 34. und 35. d. h. die Begriffsbestimmungen einer Verlassenschaft oder einer Erbschaft an. Sprachlich steht somit nichts entgegen, den in dem §. 568. a. a. O. gebrauchten Ausdruck: „Sache"

auch auf eine Erbschaft zu beziehen und also unter einer verkauften Sache im Sinne jenes Gesetzes auch eine verkaufte Erbschaft zu verstehen. Was aber von der ganzen Erbschaft gilt, muß selbstverständlich auch von den Quoten der einzelnen Miterben gelten — §. 91. Einleitung und §. 447. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. — Ja ein Vorkaufsrecht auf Grund des §. 65. Thl. I. Tit. 17. des A. L. R. ist bei Erbschaften überhaupt nur in Betreff der verkauften Quote eines Miterben denkbar, indem es sonst an dem gesetzlichen Begriffe eines Erbschaftskaufs fehlen würde. Zum Erweise des Gegentheils beruft sich der Verklagte zwar noch auf das Präjudicat vom 28. Februar 1851, nach welchem das Vorkaufsrecht an einem intellectuellen Theile der verkauften Sache nicht ausgeübt werden könne. Diese Hinweisung ist indessen keinesweges zutreffend. Es lag damals der Fall vor, daß der Verkäufer die Kossäthen-Nahrung zu gemeinsamen Eigenthume an seine Tochter und deren Bräutigam verkaufte: nur den Gutsantheil des Bräutigams wollte der Vorkaufsberechtigte kaufen, und es ward nun gezeigt, daß der Vorkaufsberechtigte auf diese Weise nicht die Bedingungen des Contracts erfüllt, in welchen er einzutreten verlangt habe. — §§. 602 ff. Thl. I. Tit. 20. des A. L. R. — Diese Erwägungen passen offenbar nicht auf den gegenwärtigen Fall, indem es lediglich auf Erstattung des gezahlten Kaufgeldes von 200 Thlr. ankömmt, zu dessen Vergütigung der Kläger sich auch von vornherein erboten hat.

Zu b. Das Rechtsgeschäft aber, durch welches ein Erbe oder Miterbe eine ihm wirklich angefallene freie Erbschaft einem Andern abtritt, d. h. durch welchen das Erbschaftsrecht selbst oder ein aliquoter Theil desselben auf diesen Dritten übertragen wird, bezeichnet und beurtheilt das A. L. R. als wirklichen Kauf, als Erbschaftskauf — §§.

447 ff. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R. — Der gerichtlich abgeschlossene Contrakt vom 10. December 1853 trägt mithin in der That die rechtliche Natur eines geschlossenen Kaufes an sich, und steht also auch in so fern der Anwendung des §. 568. a. a. O. und der Ausübung des von dem Kläger behaupteten Vorkaufsrechts nichts entgegen.

Hiernach fällt dem Appellations-Richter eben so wenig eine unrichtige Anwendung der §§. 64. 65. Thl. I. Tit. 17. als eine Verletzung des §. 568. Thl. I. Tit. 20. zur Last.

Der Implorant rügt aber auch zugleich eine unrichtige Anwendung des §. 61. a. a. O.:

> doch bleibt den übrigen Theilnehmern, wenn dieselben die Gemeinschaft unter sich fortsetzen wollen, das Vorkaufsrecht vorbehalten, —

und er scheint dabei besonderes Gewicht darauf zu legen, daß hier die übrigen Miterben nicht in der Gemeinschaft bleiben wollten, sondern bereits auf Theilung angetragen hätten. Einer Seits wird jedoch hierdurch der unangefochtene factische Einwand des Appellations-Richters: zur Zeit sei die Gemeinschaft noch vorhanden, in keiner Weise beseitigt oder widerlegt; anderer Seits aber stimmt der fernere Grund des Appellations-Richters:

> die Fortsetzung der Gemeinschaft sei keinesweges Bedingung des Vorkaufsrechts, letzteres vielmehr auch dann zulässig, wenn nach Veräußerung der Antheile aller übrigen, resp. nach Uebertragung der Antheile auf einen Mitgenossen, dieser den Eintritt eines Fremden durch Ausübung des Vorkaufsrechts hindern wolle,

zum Theil sogar wörtlich mit den diesseitigen Präjudicien vom 7. September 1838 und 30. November 1846 Nr. 604. und 1813. (Samml. S. 97.) und mit der weiteren Ausführung in dem vernichtenden Erkenntnisse vom 29. Februar

1848 — Rechtsfälle Bd. 3. S. 397. — überein. Die ersteren lauten:

> Der §. 61. schließt nicht die Ausübung des Vorkaufs aus, wenn auch nur zwei Miteigenthümer vorhanden sind, von denen Einer verkauft;

sowie:

> das Vorkaufsrecht steht jedem Theilnehmer für sich zu, mithin kann es auch, wenn nach Veräußerung der Antheile der übrigen, auch nur Einer verbleibt, der seinen Antheil nicht veräußern will, von diesem Einen gegen den Erwerber der übrigen Antheile ausgeübt werden, und ist zur Ausübung desselben nicht erforderlich, daß mehrere Theilnehmer Behufs Fortsetzung der Gemeinschaft unter sich übrig bleiben;

und in dem Erkenntnisse vom 28. Februar 1848 wird ausgeführt:

> Aus dem §. 61. a. a. O. lasse sich nicht folgern, daß das Vorkaufsrecht des Miteigenthümers nur unter der Bedingung ausgeübt werden dürfe, daß mehrere Theilnehmer, die ihren Antheil nicht verkauft haben, die Gemeinschaft fortsetzen wollten. Das Gesetz hebe nur den Fall hervor, welcher die Regel bilde, was aber von diesem Falle gelte, das müsse auch Rechtens sein, wenn außer den Veräußernden nur noch ein Theilhaber zurückbleibe. Der Miteigenthümer solle dagegen geschützt werden, daß er wider seinen Willen mit einem Fremden in eine Gemeinschaft gerathe; dieser Zweck trete auch dann hervor, wenn nur zwei Personen in Gemeinschaft seien und der Eine seinen Antheil veräußere. Die Fortsetzung einer Gemeinschaft, welche überhaupt vom Gesetze nicht begünstigt werde, sei daher nicht Bedingung des Vorkaufsrechts. Das Hauptgewicht müsse in die Worte: „unter

sich" gelegt werden und habe damit nur ausgedrückt werden sollen, daß den übrigen Theilnehmern, falls sie die Gemeinschaft nicht mit dem dritten Acquirenten des veräußerten Antheils fortsetzen wollten, das Vorkaufsrecht vorbehalten bleiben solle.

Gegen diese durchaus zutreffende Ausführung hat der Implorant irgend etwas von Gewicht nicht vorgebracht; es liegt daher auch keine genügende Veranlassung vor, in dem vorliegenden Falle von dem, in jenen Präjudicaten festgehaltenen Grundsatze abzugehen.

№ 22.

Vorkaufsrecht.

Welche Befugnisse stehen dem Vorkaufsberechtigten in dem Falle zu, wenn die mit dem Vorkaufsrechte behaftete Sache zugleich mit einer anderen für einen unzertrennten Preis verkauft ist? Kann er alsdann den Eintritt in den ganzen Kauf, oder nur die Ueberlassung der belasteten Sache für einen durch Sachverständige zu ermittelnden Preis verlangen?

A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §. 607.

Kläger besaß in Gemeinschaft mit H. mehrere Parcelen dismembrirter Bauergüter, deren Besitztitel im Hypothekenbuche für beide berichtigt war. H. hat mittelst Vertrages vom 16. Juni 1855 seine Antheile an diesen Grundstücken für 980 Thlr. an den Verklagten verkauft und ihm die Uebergabe geleistet. Kläger macht das gesetzliche Vorkaufs-

recht des Miteigenthümers geltend, und beansprucht, daß ihm Verklagter gegen Erlegung des bedungenen Preises das Eigenthum an den erkauften Grundstücken übertrage und in die Berichtigung ihres Besitztitels für ihn willige. Verklagter hat eingewendet, daß hinsichts der meisten Parcelen die Gemeinschaft vor dem Verkaufe aufgelöset gewesen, indem bei der Separation jeder Miteigenthümer für seine Antheile durch einen abgesonderten Plan abgefunden sei. Hinsichts dreier Parcelen erkennt er das Miteigenthum als noch fortbestehend an. Er hat sich bereit erklärt, seine Antheile dem Kläger für einen noch zu bestimmenden Preis abzutreten.

Die Richter der beiden vorigen Instanzen, das Kreisgericht zu Perleberg und das Kammergericht, haben durch Erkenntnisse vom 20. October 1855 und 5. Juni 1856 den Verklagten ganz nach den Anträgen des Klägers verurtheilt. Der Appellations-Richter wendet den §. 607. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. an, und führt aus, daß wenn auch die Gemeinschaft nur hinsichts einiger Grundstücke fortgedauert habe, Kläger doch vermöge des Vorkaufsrechts die Herausgabe aller verlangen könne, da die Antheile der gemeinschaftlichen mit den übrigen dem Verklagten für einen unzertrennten Preis verkauft wären.

Die hiergegen wegen Verletzung der §§. 607. 631. 632. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. vom Verklagten erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist durch Urtel des dritten Senats des Ober-Tribunals vom 17. December 1856 zurückgewiesen.

Gründe.

Der Appellations-Richter soll durch die von dem §. 607. Thl. I. Tit. 20. des A. L. R. gemachte Anwendung in doppelter Beziehung fehlen. Zunächst behauptet

Verklagter, derselbe beziehe sich auf das **Verhältniß** des Vorkaufsberechtigten zum Verkäufer. Er passe **nicht** auf den vorliegenden Fall, wo der Verkäufer die **verkaufte** Sache schon übergeben habe, und deren Herausgabe **gegen** den Käufer beansprucht werde.

Diese Ansicht ist grundlos. Der §. 607. **hat** seine Stellung unter den §§. 602—607., welche nach dem Marginale bei §. 602. von den Obliegenheiten des **Berechtigten** handeln. Ueber die Frage: gegen wen das **Vorkaufsrecht** geltend gemacht werden könne, ob allein gegen den Verkäufer, oder ob und unter welchen Umständen auch *gegen* den Käufer, wird hier noch nicht entschieden. Die **hierauf** bezüglichen Vorschriften folgen erst in den §§. 626 ff. 631 ff. a. a. O. Da sie über eine Beschränkung des Grundsatzes im §. 607. nichts enthalten, gilt derselbe als ein allgemeiner für beide Fälle, mag die Uebergabe an den ersten Käufer schon geschehen sein oder nicht.

Dann, meint Verklagter, der §. 607. spreche nur *eine* Pflicht des Vorkaufsberechtigten aus, die mit der belasteten verkaufte Sache für den unzertrennten Preis zu übernehmen. Dagegen sei darin zu seinen Gunsten keine Befugniß festgesetzt, die Ueberlassung der vorkaufsfreien Stücke zu verlangen. Gegen den Willen des Verklagten finde daher der Vorkauf lediglich hinsichts der ungetheilt gebliebenen Grundstücke statt. Der verhältnißmäßig auf sie kommende Theil des unzertrennten Kaufpreises müsse durch Sachverständige ermittelt werden.

Eine so erhebliche Verschiedenheit in den beiderseitigen Rechten und Pflichten läßt sich nicht als die Absicht des Gesetzes annehmen, liegt auch gar nicht in dem Wortinhalt des §. 607. Derselbe bestimmt weiter nichts, als daß, wenn die belastete Sache mit einer anderen für einen unzer-

trennten Preis verkauft ist, der Vorkaufsberechtigte sich diese Bedingung gefallen lassen oder von dem Vorkaufe abstehen muß. Der alleinige Nachdruck ist darauf zu legen, daß in dem gedachten Falle der Vorkauf und zwar für den unzertrennten Preis anerkannt wird. Zu einer Interpretation, nach welcher die ganze Betonung darauf ruhen soll, daß der Berechtigte verpflichtet sei, die anderen Sachen mit zu übernehmen, nach welchen ihm dagegen bei einem Widerspruche des anderen Theils die Befugniß nicht zustehen soll, seiner Seits die Ueberlassung des Ganzen zu fordern, fehlt es an den nothwendigen Gegensätzen. In den §§. 602—607. ist, wie schon erwähnt, überhaupt nur von den Obliegenheiten des Vorkaufsberechtigten die Rede. Es war hier weder der Ort noch Veranlassung, über seine Befugnisse eine Bestimmung zu treffen, oder zur Lösung etwaiger Zweifel eine Erläuterung zu geben.

Unzweifelhaft ist das Vorkaufsrecht des Klägers aus dem früheren Miteigenthum an den schon getheilten Grundstücken durch die Theilung erloschen. Das Recht auf ihre Herausgabe folgt aber aus ihrem gemeinschaftlichen Verkauf mit den wegen des fortbestehenden Miteigenthums noch mit dem Vorkaufsrechte behafteten Sachen für einen unzertrennten Preis. Das Vorkaufsrecht besteht in der Befugniß, die verkaufte Sache unter den Bedingungen des geschlossenen Kaufs käuflich zu übernehmen. — §. 568. a. a. O. — Zu diesen Bedingungen gehört im vorliegenden Falle der Mitverkauf der anderen Grundstücke. Verklagter kann sich davon nicht freimachen, den Kläger nicht nöthigen, sich die Uebernahme der belasteten Grundstücke allein für einen noch zu ermittelnden Preis gefallen zu lassen. Darin würde eine Aenderung der Bedingungen des ersten Kaufs zum Nachtheile des Klägers liegen. Eine solche

kann nach einmal geschehener **Bekanntmachung des Contracts** (§. 620. a. a. O.) oder nach Erfüllung des Kaufs **durch** Uebergabe (Entsch. Bd. 26. S. 335.) zwischen dem **Ver**käufer und dem ersten Käufer nicht mehr vereinbart **wer**den. Am wenigsten ist dazu Verklagter durch **einseitige** Willkür befugt. —

Verklagter macht noch geltend, daß die Zulässigkeit des Vorkaufs in einem Falle, wie der gegenwärtige, gemeinrechtlich controvers gewesen sei, und deshalb der §. 607. einer strengen Auslegung unterliegen müsse. Das A. L. R. hat indeß die Controverse zu Gunsten des Vorkaufsberechtigten ohne weitere Beschränkung entschieden. Eine billige Berücksichtigung des Interesses der Verpflichteten gab auch zu einer Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen keine Veranlassung, da der gemeinschaftliche Verkauf für einen unzertrennten Preis eine freie Handlung der andern Betheiligten ist, deren Folgen sie selbst herbeigeführt haben, und durch eine andere Vereinbarung vermeiden konnten.*)

*) In Koch's Commentar wird zum §. 607. a. a. O. ein ungedrucktes Erkenntniß des Ober-Tribunals angeführt, in welchem die entgegengesetzte Ansicht als die richtige anerkannt sein soll. Dies Allegat beruht auf einem Irrthum, das erwähnte Urtel hat über den jetzt streitigen Grundsatz nicht in jenem Sinne entschieden.

№ 23.

Miethe. Sublocation.

Ueber die Befugniß des Miethers zur Kündigung, wenn ihm der Vermiether die Einwilligung zur Untervermiethung verweigert.

A. L. R. Thl. 1. Tit. 21. §§. 309—312.

Kläger, Rentier J., hat die Genehmigung seines Vermiethers W., die gemiethete Wohnung an einen Untermiether zu überlassen, nachgesucht aber nicht erhalten. In Folge dessen hat er die noch eine Reihe von Jahren fortlaufende Miethe gekündigt, und, da W. widersprach, Klage mit dem Antrage erhoben:

die Kündigung für begründet und auf Grund derselben den Miethsvertrag mit dem Ablaufe des nächsten Kalender-Quartals für beendet zu achten.

Verklagter hielt den Kläger zur Kündigung nicht für berechtigt, weder nach dem Mieths-Contracte, welcher ihm eine Uebertragung der Miethsrechte nur mit Consens des Vermiethers gestatte, noch nach dem Gesetze, welches eine Kündigung allein in dem Falle zulasse, wenn dem Miether die Aufnahme eines Fremden für Geld ohne rechtmäßigen Grund verweigert werde. Außerdem macht er gegen die Person des gestellten Untermiethers Einwendungen, und wendet eventuell ein, daß nicht die gesetzliche, sondern die im Vertrage bestimmte sechsmonatliche Kündigungsfrist Anwendung finden würde.

Durch gleichlautende Erkenntnisse des Stadtgerichts zu Berlin und des Kammergerichts vom 6. März und resp. 21. Juni 1856 ist Kläger abgewiesen.

Auf seine, eine Verletzung der §§. 311., 312. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. rügende Nichtigkeits-Beschwerde ist jedoch vom dritten Senate des Ober-Tribunals am 28. November 1856 das zweite Urtel vernichtet und in der Hauptsache, unter Abänderung des ersten, Verklagter nach dem Klageantrage verurtheilt.

G r ü n d e.

Der Appellations-Richter will die beiden Fälle der Untermiethung und der Aufnahme eines Fremden in die gemiethete Wohnung für Geld verschieden beurtheilt wissen. Nur in dem zweiten, meint er, müsse sich der Vermiether eine Kündigung gefallen lassen, wenn er den Consens aus einem nicht gesetzlichen Grunde verweigert. In dem ersten gebe dagegen eine nicht in gehöriger Art motivirte Ablehnung des Vermiethers dem Miether kein Recht zur Kündigung. Er habe sich ihr unbedingt zu unterwerfen und den Miethsvertrag auszuhalten.

Schon der gewöhnliche Wortsinn der einschlagenden §§. 309—312. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. läßt die Deutung des Appellations-Richters nicht zu. Sie lauten:

§. 309. Der Miether einer Sache ist nicht befugt, den ihm eingeräumten Gebrauch der Sache einem Anderen ohne Einwilligung des Vermiethers zu überlassen.

§. 310. Insbesondere darf der Miether einer Wohnung ohne Consens des Vermiethers Andere darin nicht für Geld aufnehmen.

§. 311. Der Vermiether ist berechtigt, seinen Consens zu versagen, wenn der einzunehmende Untermiether ein unehrbares, oder ein dem Hause oder Wohnung schädliches Gewerbe treibt.

§. 312. Kann der Vermiether keinen solchen Grund der

Weigerung nachweisen, so steht dem Miether frei, auch wenn die contractmäßige Zeit noch nicht verlaufen ist, die Miethe aufzukündigen.

Das Gesetz stellt beide Fälle, den der eigentlichen Untervermiethung, wenn der Miether den Gebrauch der Sache einem Anderen überläßt, — §. 309. — und den der Aufnahme eines Fremden für Geld — §. 310. — einander gleich. Dies ergiebt deutlich das Eingangswort des §. 310.: „Insbesondere", durch welches beide Paragraphen in Verbindung gebracht sind, und dessen sich das Gesetz nicht hätte bedienen können, wenn der §. 310. einen Gegensatz zum §. 309. enthalten, eine Ausnahme oder Abweichung von der im §. 309. gegebenen Regel einführen sollte. Die §§. 311. 312. bestimmen sodann ganz allgemein und nicht speciell für den Fall des zweiten §. 310., aus welchen Gründen der Vermiether seine Einwilligung versagen dürfe, und welche Folgen für ihn ein nicht so motivirter Widerspruch habe. Der §. 311. gebraucht den Ausdruck: „der einzunehmende Untermiether." Dieser Ausdruck weiset auf den Fall der eigentlichen Untermiethung §. 309. hin, und würde ungenau, sogar sinnentstellend sein, wenn damit nicht jener Fall, sondern unter Ausschließung desselben der abweichend zu behandelnde zweite, die Aufnahme Fremder für Geld, über welchen §. 310. disponirt, gemeint wäre.

Ein innerer Grund, der auf eine Absicht des Gesetzes schließen ließe, beide Fälle zu trennen und für den zweiten eigenthümliche Grundsätze aufzustellen, ist nicht vorhanden. Es ist nicht abzusehen, warum das Gesetz bei einem unmotivirten Widerspruche des Vermiethers dem Miether nur in dem zweiten Falle Kündigung gestattet hätte, in dem anderen nicht. Was der Appellations-Richter aus der Entstehungsgeschichte anführt, spricht nicht für, sondern gegen

seine Meinung. Der Entwurf ließ übereinstimmend mit dem gemeinen Recht Sublocation zu. Suarez erinnerte dagegen bei der revisio monitorum, daß es bei dem Miethsvertrage auf persönliches Vertrauen ankomme und von dem Vermiether nicht allemal der Nachweis zu verlangen sei, aus der Aftervermiethung könne ihm ein Nachtheil erwachsen. Gleichzeitig brachte er zur Sprache, ob der Miether ohne Consens des Vermiethers andere Mitbewohner aufnehmen könne. Hierüber bemerkte er:

Geschieht solches für Geld, so ist es species sublocationis. Es gilt Alles Obige.

Aus dieser Bemerkung ist der §. 310. hervorgegangen. Die Materialien bestätigen mithin seinen der Fassung entsprechenden Sinn, die Aufnahme Fremder für Geld sei als Sublocation anzusehen. Verschieden davon war die ebenfalls angeregte Frage:

ob die Sublocation ohne Consens des Vermiethers zu gestatten?

Die Erinnerung von Suarez in Bezug auf sie hat ebenfalls Eingang gefunden, und es ist die Einwilligung des Vermiethers für nothwendig erachtet, aber mit einer Bestimmung zu Gunsten des Miethers, daß ihm Kündigung freistehen solle, wenn der Widerspruch des Vermiethers auf keinen gesetzlichen Gründen beruhe. Ob sie in der ursprünglichen Absicht von Suarez gelegen hat, geht aus den Materialien nicht hervor. Es folgt aber wenigstens so viel aus ihnen, daß der Fall des §. 310. als eine Art der Sublocation aufgefaßt ist und die Grundsätze §§. 311. 312 nicht für ihn allein, sondern für die Sublocation überhaupt bestimmt gewesen sind.

Das vorige Urtel hat ihren richtigen Sinn verkannt und verfällt deshalb der Vernichtung.

Zwar nimmt der Appellations-Richter auf den §. 6. des Vertrages vom 3. Februar 1853 Bezug, und es kann sich fragen, ob nicht hierin ein selbstständiger Entscheidungsgrund liege, der die Entscheidung hält. Dies ist indeß nicht anzunehmen. Der Appellations-Richter zieht den Zweifel in Erwägung:

ob hier überhaupt eine Untermiethe und nicht vielmehr eine Cession des Miethsvertrages geschlossen sei?

Er behauptet, zwischen beiden Geschäften bestehe ein Unterschied, und will zeigen, daß derselbe ein bloß theoretischer aber für den vorliegenden Fall nicht erheblich sei. Zu diesem Behuf führt er den §. 6. des Miethsvertrages an, in welchem bestimmt wird, daß eine Abtretung der Miethsrechte nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Vermiethers geschehen dürfe, und fügt dann hinzu, daß die Abtretung der Miethsrechte gerade eine Einräumung des Gebrauchs an der gemietheten Sache enthalte.

In der Hauptsache war das erste Erkenntniß abzuändern und Verklagter nach dem Principal-Antrage zu verurtheilen

Obgleich der Contract bis zum Jahre 1859 geschlossen ist, hat doch Kläger ein gesetzliches Recht zur Kündigung durch die Weigerung des Verklagten erlangt, in die Aftervermiethung an den Dr. St. zu willigen. Er durfte nach §. 311. seinen Consens nur wegen eines unehrbaren, oder eines dem Hause oder der Wohnung nachtheiligen Gewerbes des Dr. St. versagen. Daß Letzterer ein solches treibe, hat er nicht zu behaupten vermocht. Er macht gegen ihn allein die Ausstellungen, daß er drei Kinder habe und ein Comptoir in seiner Wohnung halte. Sie sind im Gesetz nicht als genügende anerkannt. Unbestritten ist im §. 6. des Vertrages bestimmt, daß Miether seine Rechte aus dem

Vertrage nur mit Einwilligung des Vermiethers übertragen dürfe. Diese Abrede setzt noch ausdrücklich dasjenige fest, was schon im Gesetz vorgeschrieben ist. Der Vertrag hat aber in der Bestimmung des Gesetzes, welche dem Miether bei einer unmotivirten Versagung des Consenses die Befugniß zur Kündigung einräumt, nichts geändert. Es kann nicht vermuthet werden, daß Verklagter sich dieses Rechts habe begeben wollen — §. 105. der Einleitung. — Verklagter hat nicht zu behaupten noch weniger thatsächlich zu begründen vermocht, daß dahin die beiderseitige Absicht bei Abschließung des Vertrages gegangen sei. Er betrachtet es vielmehr als eine aus dem Gesetze fließende Folge der Contracts-Bestimmung §. 6., daß Kläger ihm den Dr. St. nicht als Untermiether aufdringen könne. Denn er sagt in der Klagebeantwortung:

> Nach §. 6. darf Kläger seine Rechte aus dem Miethsvertrage nur mit meiner Einwilligung einem Anderen übertragen. Zur Ertheilung dieses Consenses bin ich gesetzlich nicht verbunden.

Die Kündigungsfrist ist nach §. 344. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. eine dreimonatliche. Da die Klage im Februar 1856 angestellt worden, lief dieselbe und mit ihr die Miethe mit dem Ende des folgenden Kalender-Quartals zum 1. Juli 1856 ab. Im Contract ist eine sechsmonatliche Kündigung vor seinem Endtermin und in deren Ermangelung eine Prolongation desselben auf ein weiteres Jahr vorbedungen. Kläger hat aber von einem gesetzlichen Kündigungs-Recht Gebrauch gemacht. Bei Ausübung desselben ist er nur an die gesetzliche, nicht an die davon abweichende im Vertrage stipulirte gebunden, wie bereits in einem analogen Falle durch das Präjudiz No. 1579. — Seite 124. der Sammlung — anerkannt ist.

№ 24.

Mieths- und Pacht-Contract. Relocation.

Anwendbarkeit der Vorschriften über stillschweigende Verlängerung der Miethe oder Pacht, wenn ein Contract von unbestimmter Dauer, oder wenn ein auf gewisse Zeit geschlossener vor deren Ablaufe, durch Kündigung oder Vergleich, aufgehoben ist.

A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §§. 324 ff.

Der Colon M. hat mittelst Contracts vom 12. October 1849 das Pfarrland des Prediger E. zu St. auf 15 Jahre gepachtet. In Folge von Streitigkeiten ward zwischen beiden durch Vergleich vom 7 März 1854 vereinbart, daß die Pacht zu Martini 1854 beendet sein und vom Pächter geräumt werden solle. Auf Grund desselben ist von E. auf Aufhebung des Contracts und Räumung des Pfarrlandes Klage erhoben. Nach diesem Antrage ist M. durch Erkenntniß des Kreisgerichts zu Prenzlau vom 12. Juni 1855 verurtheilt. In zweiter Instanz wandte er ein, daß die Pacht stillschweigend verlängert sei. Er behauptete, daß E. in der Zeit vom Martini 1854, dem verglichenen Ablauf der Pacht, bis zur Klageanstellung, den 3. März 1855, die Filial-Fuhren zu den Sonntags-, Festtags- und Fasttags-Predigten, welche nach dem Pachtcontracte einen Theil der Gegenleistung ausgemacht hätten, gefordert und geleistet erhalten habe. Ueber diese Thatsachen ist der Eid zugeschoben und von E. angenommen. Das Kammergericht hat am 19. Januar 1856 auf denselben erkannt und den E., wenn er ihn nicht schwören würde, mit der Klage abgewiesen.

Auf die von dem E. eingelegte Revision ist indeß vom dritten Senate des Ober-Tribunals durch Urtel vom 15. September 1856 das erste Erkenntniß wiederhergestellt, aus folgenden

Gründen.

Verklagter findet die behauptete stillschweigende Verlängerung der Pacht von Martini 1854 ab hauptsächlich in dem Umstande begründet, daß Kläger noch weiter die einen Theil der Gegenleistung ausmachenden Fuhren zu seinen Filialreisen von ihm, dem Verklagten, verlangt und angenommen habe. Kläger giebt zwar zu, daß Verklagter im Besitze der Pachtgrundstücke verblieben, bestreitet aber, daß von seiner Seite die erforderliche stillschweigende Einwilligung in die Fortsetzung der Pacht vorhanden sei. Alles, was er dagegen vorbringt, daß die gedachten Fuhren keinen Theil des Pachtzinses ausmachten, daß nicht der ganze Pachtzins für einen späteren Termin angenommen sei, daß die Fuhren ihm zu seinen Filialreisen nothwendig und sonst schwer zu beschaffen gewesen wären, daß er schon im December 1854 einen Rechts-Anwalt mit Anstellung der Exmissions-Klage beauftragt habe, erscheint unerheblich und würde einer stillschweigenden Verlängerung nicht entgegen stehen. Allein die einschlagenden Vorschriften, §§. 325 ff. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R., finden auf das hier vorliegende Sachverhältniß überhaupt nicht Anwendung. Sie stehen in unmittelbarem Zusammenhange mit dem vorhergehenden §. 324., welcher von Verpachtungen oder Vermiethungen auf eine gewisse Zeit handelt und bestimmt, daß solche mit dem festgesetzten Endtermin ablaufen, ohne daß es einer besonderen Kündigung bedarf. Wenn alsdann, verordnen die folgenden Paragraphen, der Pächter oder Miether über denselben hinaus in dem Besitze bleibt, und con-

cludente Handlungen hinzukommen, welche auf die Absicht, die Pacht fortzusetzen, schließen lassen, namentlich wenn der Verpächter einen ferneren Pachtzins annimmt, so soll der Contract als stillschweigend verlängert gelten. In ihrem Zusammenhange mit dem §. 324. setzen die gedachten Paragraphen voraus, daß kein Theil dem anderen seinen entgegengesetzten Willen, die Pacht nicht fortdauern zu lassen, ausdrücklich zu erkennen gegeben hat. Denn sie bilden eine Ausnahme von der im §. 324. enthaltenen Regel, daß bei Pachtverträgen auf eine gewisse Zeit auch ohne alle Kündigung die Pacht dennoch mit dem Eintritt des Endtermins aufhört.

Jene Voraussetzung trifft nun in dem vorliegenden Falle nicht zu. Der ursprüngliche Pachtcontract vom 12. October 1849 war zwar auf 15 Jahre geschlossen, es war aber in Folge entstandener Streitigkeiten durch Vergleich vom 7. März 1854 vereinbart, daß der ältere Contract außer Kraft gesetzt und das Pachtverhältniß Martini 1854 beendet sein solle. Wenn schon die Fortsetzung des Besitzes und die Annahme einer weiteren Gegenleistung an und für sich zu dem Schlusse berechtigen würden, daß beide Theile über die Verlängerung der Pacht einig seien, ist derselbe doch hier nicht statthaft, wo er mit den ausdrücklichen und völlig unzweideutigen Willenserklärungen in dem Vergleich in offenbarem Widerspruch stehen würde.

Auch der Appellations-Richter erkennt an, daß aus Handlungen keine Schlüsse auf eine entgegengesetzte Willensmeinung dessen, was der Handelnde ausdrücklich erklärt hat, gezogen werden dürfen. Denn er achtet die Annahme von Gegenleistungen für unerheblich, wenn und so weit sie nach Anstellung der Exmissions-Klage erfolgt sei. Die Vereinbarungen in dem Vergleiche haben aber in der hier

in Rede seienden Beziehung keine davon wesentlich verschiedene Bedeutung, denn in dem einen Falle ist durch den Räumungs-Antrag, in dem anderen in dem Vergleich der Wille des Klägers, die Pacht nicht fortzusetzen, ausgesprochen.

Nach diesen Grundsätzen ist bereits in früheren ähnlichen Fällen entschieden. Das Präjudiz Nr. 104. S. 125. erklärt allgemein die Vorschriften über stillschweigende Verlängerung auf durch Kündigung aufgehobene Pachtcontracte, nicht für anwendbar. Sie sind auch in einem späteren Falle nicht angewendet worden, wo die Miethe auf gewisse Jahre geschlossen, der Miether während derselben verstorben und von seinen Erben der Contract gekündigt war.

Hiernach erledigt sich der Haupteinwand des Verklagten. Seine übrigen Einwendungen (die hier nicht interessiren) sind ebenfalls für grundlos erachtet. Es ist demgemäß die vom ersten Richter erkannte Verurtheilung des Verklagten zur Räumung unter Abänderung des zweiten Erkenntnisses wiederhergestellt worden.

№ 25.

Kündigungsfrist bei Pachtverträgen und Berechnung des Wirthschaftsjahres.

1) Ist die Wirkung der Kündigung im Falle des §. 342. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R dadurch bedingt, daß dieselbe gerade sechs Monate vor der Räumung erfolgt, oder ist auch eine früher geschehene Kündigung wirksam?

2) Findet der §. 343. Thl. I. Tit. 21. A. L. R.,

wonach bei Land- und Ackergütern die Kündigung sechs Monate vor Ablauf des Wirthschaftsjahres erfolgen muß, auch bei der Verpachtung einzelner Ackerstücke Anwendung?

3) Berechnung des Wirthschaftsjahres bei Aufkündigung der Pacht.

A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §§. 341. 342. 343.
A. L. R. Thl. I. Tit. 7. §. 199., Tit. 21. §. 171.

Laut Vertrages vom 19. September 1852 hat Kläger dem Verklagten ein Ackerstück von etwa $10^3/_4$ Sack Aussaat von Michaelis 1852 bis dahin 1861 für jährlich 70 Thlr. in halbjährigen Raten von 35 Thlr., am 1. October und 1. April zahlbar, verpachtet. Die am 1. October 1854 und 1. April 1855 fälligen Pachtraten sind nicht rechtzeitig gezahlt und es hat deshalb Kläger mittelst Schreibens vom 10. April 1855 die Pacht zum 1. October des gedachten Jahres gekündigt. Laut Schreibens von demselben Tage — 10. April 1855 — übersandte Verklagter dem Kläger zwar 35 Thlr., dieser quittirte aber darüber nur mit Vorbehalt seiner Rechte aus der Kündigung. Der Verklagte hat die Pacht nicht geräumt und Kläger ist daher im October 1855 auf Grund des §. 298. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. gegen ihn klagbar geworden. Er trägt principaliter darauf an, zu erkennen:

daß Verklagter verurtheilt werde, das ihm mittelst Pachtvertrages vom 19. September 1852 vom Kläger verpachtete Ackerstück sofort zu räumen und dem Kläger in verwertragsmäßigem Zustande zurückzugeben;

eventuell aber, für den Fall nämlich, daß Verklagter nicht für verpflichtet erachtet werden sollte, am 10 October 1855

zu räumen, weil die Pachtzahlungstermine auf den 1. October und 1. April bestimmt seien, bis zum 1. October 1855 aber die halbjährige Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen gewesen, trägt er darauf an, die Verurtheilung des Verklagten auf Räumung des Ackerstücks zum 1. April 1856 zu richten.

Der Verklagte widersprach der Klage, weil die vom Kläger behauptete Kündigung weder den principalen noch den eventuellen Antrag rechtfertige, worauf auch das Kreisgericht zu Frankenstein am 11. December 1855 auf Abweisung des Klägers erkannte. Den Principal-Antrag erachtete der erste Richter nicht für gerechtfertigt, weil die Kündigung erst am 10. April 1855, mithin nicht volle sechs Monate vor dem Räumungs-Termine erfolgt sei, das eventuelle Verlangen der Räumung zum 1. April 1856 aber verwirft derselbe deshalb, weil dieser Tag ein Wirthschaftsjahr, mag dasselbe vom 1. Juli oder 1. October an gerechnet werden, nicht abgrenze, wobei er den §. 343. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. zur Anwendung brachte.

Kläger appellirte. Am 24. April 1856 erkannte der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Breslau bestätigend. Der Appellations-Richter nahm zwar an, daß der §. 343. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. bei der Verpachtung einzelner Ackerstücke keine Anwendung finde, die Abweisung des Klägers ward aber in nachstehender Art begründet:

Der Principal-Antrag des Klägers auf sofortige Räumung sei deshalb ungerechtfertigt, weil nach §. 341. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. der Verpächter, wenn der Betrag der Miethe resp. Pacht nach einem gewissen Zeitraume, hier halbjährig, abgemessen sei, den Pächter im Laufe eines solchen Zeitraums nicht entsetzen könne. Da im vorliegenden Falle der Pachtzins halbjährig den 1.

April und den 1. October jeden Jahres zu zahlen gewesen, so könne Kläger auf Grund der am 10. April 1855 geschehenen Kündigung nicht die sofortige Räumung am oder nach dem 10. October desselben Jahres verlangen.

Unhaltbar sei aber auch der Antrag auf Räumung des Pachtackers zum 1. April 1856. Die am 10. April 1855 erfolgte Kündigung, welche das Fundament der Klage bilde, wirke nur auf die Zeit sechs Monate später, nicht aber für die darauf folgende Zeit. Daß die erwähnte Kündigung unwirksam sei, liege darin, daß sie zu spät geschehen. Hätte Kläger deshalb seinen eventuellen Antrag rechtfertigen wollen, so hätte er Anfangs October 1855 nochmals kündigen müssen und dann wäre Verklagter allerdings zur Räumung am 1. April 1856 verbunden gewesen. Wollte man die Wirkung der Kündigung über den ihr entspre..enden Termin ausdehnen, so würde man zu dem Resultate kommen, daß eine Kündigung vom Verpächter nach Jahren noch geltend gemacht werden könnte, was mit dem Begriffe der Kündigung entschieden unvereinbar sei.

Der Kläger hat die Richtigkeits-Beschwerde eingewendet und unter mehreren gerügt, der Appellations-Richter verletze die Vorschrift §§. 341. und 342. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. durch die Annahme, daß die am 10. April erfolgte Kündigung gerade nur präcise sechs Monate gewirkt habe.

Diese Beschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals in seiner Entscheidung vom 8. October 1856 für begründet erachtet, in der Sache selbst aber das Appellations-Erkenntniß aufrecht erhalten und zwar aus folgenden

G r ü n d e n.

Die erhobenen Angriffe mußten für begründet erachtet

werden. Der Appellations-Richter geht zu weit, wenn er annimmt:

daß die am 10. April 1855 erfolgte Kündigung nur in den nächsten sechs Monaten, nicht aber für die darauf folgende Zeit Wirkung habe, und daß deshalb auch der eventuelle, auf die Räumung zum 1. April 1856 gerichtete, Antrag unstatthaft sei.

Bei der Kündigung ist die darin ausgesprochene Willensmeinung des Kündigenden, das gekündigte Rechtsverhältniß auflösen zu wollen, das essentiale, wogegen die Kündigungsfrist und das dadurch bestimmte Recht des Gegners, eine gewisse Zeit vorher von der beabsichtigten Auflösung des Rechtsverhältnisses in Kenntniß gesetzt zu werden, zu den Naturalien des Geschäfts gehört, welche beim Mangel besonderer Vertragsbestimmungen nach den gesetzlichen Vorschriften beurtheilt werden müssen.

Nach §. 342. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. muß bei Pachtungen unbeweglicher Sachen und Gerechtigkeiten die Kündigung sechs Monate vor der Räumung erfolgen, diese Frist muß dem Pächter frei bleiben, um seine Einrichtungen danach zu treffen, sie darf nicht verkürzt werden. Nirgends aber ist bestimmt, daß eine Kündigung, welche früher als sechs Monate vor der Räumung erfolgt, welche dem Pächter einen größeren Zeitraum freiläßt, keine Wirkung habe. Der Appellations-Richter, welcher dieses annimmt, und welcher zur Begründung des eventuellen Anspruches auf Räumung zum 1. April 1856 erfordert, daß die Kündigung gerade sechs Monate vorher hätte wiederholt werden sollen, verstößt gegen die allegirten Vorschriften, namentlich gegen §. 342. a. a. O. und es mußte deshalb, ohne daß es einer Erörterung der übrigen Angriffe bedarf, die erhobene Beschwerde für begründet erachtet werden.

In der Sache selbst war jedoch das angefochtene Erkenntniß aufrecht zu erhalten und zwar auf Grund des §. 343. a. a. O., welcher vorschreibt:

Bei Land- und Ackergütern aber muß die Aufkündigung sechs Monate vor dem Ablaufe des Wirthschaftsjahres geschehen.

Der Appellations-Richter trägt Bedenken, diese Vorschrift im vorliegenden Falle zur Anwendung zu bringen, weil es sich um kein Land- oder Ackergut, sondern um ein Ackerstück handle. Er legt hierbei das Hauptgewicht auf das Wort „Gut", allein mit Unrecht. Der gesetzliche Grund zu der im §. 342. für Land- und Ackergüter gegebenen besonderen Vorschrift ist offenbar der, daß bei Grundstücken, mit denen ein landwirthschaftlicher Betrieb verbunden, nicht jeder Zeitpunkt geeignet ist, ohne erhebliche Benachtheiligung des bisherigen Pächters, die Pacht auf einen Anderen übergehen zu lassen, daß vielmehr dazu eine Zeit abgewartet werden muß, in der sich die für das laufende Jahr gemachten Verwendungen mit den aus dem Grundstücke gezogenen Nutzungen, in einer möglichst gerechten Art ausgleichen, dergestalt, daß weder dem abgehenden Pächter ein ungerechtfertigter Nachtheil zugefügt, noch dem Verpächter ein ungebührlicher Vortheil zugewendet werde. Diese Rücksicht findet bei einzelnen Ackerstücken, welche von einem anderen Gute aus bewirthschaftet werden, ebenso Anwendung, wie bei ganzen Landgütern, wenn es sich, wie im vorliegenden Falle, um ein Ackerstück von etwa 10¾ Sack Aussaat handelt. —

Hiernach ist kein Grund vorhanden, die Anwendbarkeit des §. 343. a. a. O. im vorliegenden Falle auszuschließen. Die geforderte Räumung hängt mithin davon ab, daß die

Kündigung sechs Monate vor Ablauf des Wirthschaftsjahres erfolgt ist.

Der vorliegende Pachtcontract umfaßt den Zeitraum von Michaelis 1852 bis dahin 1861, und die Pacht sollte halbjährig am 1. October und 1. April gezahlt werden. Hiernach muß der Beginn des neuen Wirthschaftsjahres auf Michaelis resp. den 1. October angenommen werden, da das Wirthschaftsjahr in den Gesetzen für verschiedene Rechtsverhältnisse verschieden bestimmt ist, — vergl. §. 199. Tit. 7., §. 171. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. und Gesetz vom 10. Mai 1855 (Ges. Samml. S. 267.) — mithin derjenige Abschnitt entscheidend sein muß, welchen die Contrahenten in ihrer vertragsmäßigen Vereinbarung als den geeigneten bezeichnet haben. (Vergl. Entscheid. Bd. 31. S. 420 ff.) —

Nimmt man aber nach Vorstehendem den Ablauf des Wirthschaftsjahres und den Beginn des neuen mit Michaelis resp. 1. October an, so erscheint weder der principale, noch der eventuelle Klageantrag gerechtfertigt. Denn die Kündigung ist am 10. April 1855 erfolgt, und die Räumung konnte daher weder nach dem Principal-Antrage zum 1. October, noch nach dem eventuellen Antrage am 1. April 1856 gefordert werden, beiden Ansprüchen fehlt das gesetzliche Erforderniß, nämlich: eine sechs Monate vor Ablauf des Wirthschaftsjahres erfolgte Kündigung.

Hätte Kläger nur den Principal-Antrag gestellt, so würde derselbe dahin aufgefaßt werden können, daß Kläger zwar zunächst die sofortige Räumung verlange, dieses Verlangen aber auch eine spätere Räumung als ein minus in sich schließe, und es würde in Erwägung gezogen werden müssen, ob die Räumung in einem späteren Zeitraume gerechtfertigt sei. Da aber Kläger nach seinem eventuellen

Antrage die Räumung zum 1. April 1856 gefordert hat, so konnte nur darüber entschieden werden, ob Verklagter verpflichtet sei, sofort, d. h. zur Zeit der Anstellung der Klage, oder doch zum 1. April 1856 zu räumen. Keines von Beiden ist der Fall und es ergiebt sich daraus die Aufrechthaltung des Appellations-Erkenntnisses, ohne daß es auf die angebliche Stundung und den deshalb angetretenen Beweis ankommt.

№ 26.

Ungleiche Ehe.

1) Ist das landrechtliche Eheverbot wegen Ungleichheit des Standes (§§. 30—33. 940. 952. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R.) als durch den Art. 4. der Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850 (Ges. Samml. 1850 S. 18.) beseitigt anzusehen?
2) Kann nach dem Tode eines adlichen Mannes dessen Mutter darauf antragen, daß die Ehe ihres Sohnes mit einer Weibsperson aus dem Bauer- oder geringeren Bürgerstande nachträglich für eine nichtige erklärt werde?

Der Guts-Besitzer von H. G. verheirathete sich im Jahre 1852 mit der dem Bauerstande angehörigen Johanna Th., ohne daß drei seiner nächsten Verwandten desselben Namens und Standes in diese Ehe gewilligt hätten, oder daß eine Dispensation von dem Landesherrn unmittelbar

ertheilt wäre. Nach seinem am 6. Januar 1854 erfolgten Tode ist seine genannte Wittwe am 28. Februar desselben Jahres von einer, demnächst auf den Namen „Florentine" getauften Tochter entbunden worden. Beide betrachteten sich als die einzigen gesetzlichen Erben des Verstorbenen; die Nachlaß-Behörde, die die Ehe des Gutsbesitzers von H. G. mit der Johanna Th. als eine nichtige ansah, trug indessen Bedenken, diese Letztere und deren Tochter Florentine für die alleinigen Intestaterben des von H. G. anzuerkennen, und in Uebereinstimmung hiermit, so wie gestützt auf die landrechtlichen Vorschriften Thl. II. Tit. 1. §§. 30—33. 940. 952. und Tit. 2. §§. 56. 557. hat denn auch die Mutter des Erblassers, die Wittwe von H. G., Kunigunde geborene von B., gegen die Johanna Th., welche sich inzwischen anderweitig mit dem Leopold von G. verheirathet hat, und gegen deren Tochter Florentine klagend dahin angetragen:

1) die von dem von H. G. mit der Johanna Th. eingegangene Ehe für nichtig zu erklären,
2) die aus dieser Ehe hervorgegangene Tochter Florentine als ein Kind, welches nicht aus einer Ehe zur rechten Hand entsprungen, zu erkennen, und
3) beide Verklagte zu verurtheilen, es anzuerkennen, daß sie, die Johanna Th., ein Erbrecht auf die Verlassenschaft des Erblassers nicht habe, und daß ihr, der Florentine von H. G., als einem, aus einer Ehe zur rechten Hand geborenen Kinde ein solches Erbrecht nicht gebühre.

Dem Verlangen der Verklagten entsprechend ist die Klägerin jedoch mit diesen drei Anträgen durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Rössel und des Appellations-Gerichts zu Königsberg vom 20. September 1855

und beziehungsweise vom 11. März 1856 abgewiesen worden, weil die beiden Vorder-Richter übereinstimmend annahmen, das landrechtliche Eheverbot des §. 30. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. sei durch den Art. 4. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 aufgehoben.

Gegen das Appellations-Urtel haben die Erben der inzwischen verstorbenen Klägerin noch die Revision eingelegt und der erste Senat des Ober-Tribunals hat in seiner Sitzung vom 24. November 1856 die beiden gedachten Erkenntnisse dahin abgeändert,

> daß der Wittwe von H. G., Johanna geborenen Th., ein Erbrecht auf die Verlassenschaft des Gutsbesitzers von H. G. überhaupt nicht, deren Tochter Florentine aber mindestens kein solches Erbrecht als einem aus einer Ehe zur rechten Hand, sondern nur als einem aus einer Ehe zur linken Hand geborenen Kinde, den Klägern gegenüber, gebühre.

Hierdurch sind zugleich die obigen Klageanträge zu 1. und 2. für erledigt erachtet worden. Nachdem zunächst die von den Revisen angeregte formelle Vorfrage:

> ob gegen das Appellations-Erkenntniß die Revision oder bei der Conformität der beiden Vorurtel allein die Nichtigkeits-Beschwerde stattfinde?

dahin beantwortet worden, daß die Zulässigkeit der Revision keinem gegründeten Bedenken unterliegen könne, heißt es in den

Gründen

weiter:

Die Parteien, so wie die vorigen Richter sind darin einverstanden, daß die Entscheidung des gegenwärtigen Processes vornämlich von der Beantwortung der Frage abhängt:

> ob das landrechtliche Eheverbot wegen Ungleichheit des Standes — §§. 30—33. 940. 952. Thl. II. Tit. 1. des

A. L. R. — als durch den Art. 4. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 beseitigt anzusehen sei, oder nicht?

und in der That ist wenigstens so viel richtig, daß wenn jene Frage mit den früheren Richtern im Sinne der ersten Alternative bejaht wird, es alsdann auf die weiteren Fragen: ob die Klägerin zur Stellung der Anträge ad 1. und 2. legitimirt erscheine? und ob ihr nicht vielleicht der Consens entgegenstehen möchte, den sie zur Eheschließung ihres Sohnes mit der Johanna Th. vor der Hochzeit ausdrücklich ertheilt haben soll? nicht mehr ankommen würde. Es kann indessen nicht angenommen werden, daß jenes landrechtliche Eheverbot durch die Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 außer Kraft gesetzt sei. Thatsächlich ist außer Streit: daß der Gutsbesitzer von H. G. im Jahre 1852 die Johanna Th. geheirathet hat, ohne daß seine nächsten Verwandten darin gewilligt hätten und ohne daß irgend eine Dispensation dazu ertheilt wäre, und daß die Johanna Th. dem Bauerstande angehört.

Mannspersonen von Adel können mit Weibspersonen aus dem Bauerstande keine Ehe zur rechten Hand schließen. §. 30. a. a. O. Ehen, welche die Gesetze wegen Ungleichheit des Standes verbieten, werden, wenn sie ohne die erforderliche Dispensation dennoch geschlossen werden, für nichtig angesehen. — §. 940. — Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben werden. Diese, im Wesen des Gesetzes begründete und aus der Natur der Sache mit Nothwendigkeit hervorgehende Bestimmung des § 59. der Einl. zum A. L. R. hat in dem Art. 109. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 insofern eine neue Bestätigung und Anerkennung gefunden, als es darin heißt:

alle Bestimmungen der bestehenden Gesetzbücher, einzelnen Gesetze und Verordnungen, welche der gegenwärtigen Verfassung nicht zuwiderlaufen, bleiben in Kraft, bis sie durch ein Gesetz abgeändert werden.

Offenbar geht nun der Appellations-Richter zu weit, wenn er annimmt, jenes landrechtliche Eheverbot (§. 30. a. a. O. sei durch den Art. 4. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850:

Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich, Standesvorrechte finden nicht statt.

wirklich aufgehoben. Der Wortlaut steht dem geradezu entgegen. Es kann sich wohl immer nur fragen: ob jene Vorschrift — §. 30. — mit den Grundsätzen der revidirten Verfassung etwa dergestalt im Widerspruch stehe, daß sie mit der letzteren unvereinbar erscheine, und deshalb mit der Emanation der gedachten Verfassungs-Urkunde als mittelbar außer Kraft gesetzt zu betrachten sei.

Indessen auch dies ist zu verneinen. Auf die Eingangsworte des Art. 4.: „Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich" kömmt es hierbei weniger an. Sie stellen überhaupt keinen neuen staatsrechtlichen Grundsatz auf und sagen in der That nicht mehr, als schon das A. L. R. im §. 22. der Einleitung mit den Worten ausdrückt:

die Gesetze des Staats verbinden alle Mitglieder desselben ohne Unterschied des Standes, Ranges und Geschlechts.

Offenbar würde man jenem Satze ungebührlich eine zu weite Trageweite einräumen, wenn man durch ihn das mehrgedachte Eheverbot des §. 30. als beseitigt ansehen wollte. Es ist aber auch nicht sowohl diese Eingangsbestimmung des Art. 4., als vielmehr dessen weitere Vorschrift: „Standesvorrechte finden nicht statt," die nach der Ansicht der

Vorderrichter die ausgesprochene Abweisung der Kläger rechtfertigen soll.

Zunächst kommt die Stellung des Art. 4. in dem Tit 2.: „Von den Rechten der Preußen" in Betracht, wo er sich unmittelbar an dem Art. 3.:

> Die Verfassung und das Gesetz bestimmen, unter welchen Bedingungen die Eigenschaften eines Preußen und die staatsbürgerlichen Rechte erworben, ausgeübt und verloren werden,

anschließt. Schon dieser Zusammenhang berechtigt zu der Annahme, daß der Art. 4. sich ebenfalls hauptsächlich auf staatsbürgerliche Verhältnisse erstreckt, aber keine unmittelbare Anwendung auf das Privatrecht gestattet.

Unbedenklich darf zwar die Ehe nicht als bloß privatrechtliches Institut aufgefaßt werden, sondern sie trägt sehr wesentlich auch einen sittlichen und religiösen Charakter an sich; damit ist aber für die Anwendbarkeit des Art. 4., dem weit mehr eine politische Bedeutung beizumessen ist, auf den vorliegenden Fall nichts gewonnen. Dergleichen allgemeine Axiome, wie sie die Verfassungs-Urkunde vielfach enthält, haben überhaupt, ihrer generellen Fassung, wie ihrem Zwecke nach, mehr die Bedeutung, die leitenden Grundsätze für die künftige Gesetzgebung vorzuzeichnen, als sie sich schon selbst zur unmittelbaren Anwendung auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten eignen; wenigstens darf dies immer nur mit großer Vorsicht zumal da geschehen, wo es sich fragt, ob durch dieselben eine bisher bestandene besondere gesetzliche Vorschrift, implicite für aufgehoben erachtet werden soll. Gerade vor einem derartigen Mißgriffe in der Anwendung hat der oben extrahirte Artikel 109. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 warnen sollen. Dieser Auffassung steht die allgemeine Auslegungsregel Lex posterior

generalis non derogat priori speciali zur Seite; in gleichem Sinne spricht sich das diesseitige Revisions-Urtel vom 17. September 1852 über die Bedeutung des Art. 12. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 aus, — Entscheid. Bd. 24. S. 312. — und endlich stellt das Präjudiz vom 25. November 1853 No. 2485. ganz speciell den Rechtssatz auf:

die Vorschriften der §§. 30.—33. und 940. Thl. II. Tit. I. des A. L. R. sind durch die Verfassungs-Urkunde vom 5. December 1848 und namentlich deren Art. 4. nicht aufgehoben — Entscheid. Bd. 26. S. 347 ff.)

Daß für den damals entschiedenen Rechtsfall noch die ältere Verfassungs-Urkunde vom 5. December 1848 zur Richtschnur dienen mußte, hier aber die revidirte Verfassung vom 31. Januar 1850 maaßgebend sein würde, so fern es überhaupt auf die letztere ankommen könnte, macht keinen Unterschied, da die Art. 4. in beiden, abgesehen von einer Einschaltung in dem hier nicht interessirenden Schlußsatze, völlig gleichlautend sind. Gerade diese wörtliche Uebereinstimmung des Art. 4. der revidirten Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 mit dem Art. 4. der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 in Betreff der beiden Vordersätze:

Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich. Standesvorrechte finden nicht statt,

ergiebt zugleich auf's evidenteste, daß der Gesetzgeber selbst durch diese allgemeine Bestimmung das besondere Eheverbot des §. 30. a. a. O. noch keineswegs als mit aufgehoben, oder mittelbar außer Kraft gesetzt, angesehen hat. Ganz gleichzeitig mit der älteren Verfassungs-Urkunde vom 5. December 1848 und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf dieselbe erschien nämlich das Patent, betreffend die Zusammenberufung der Volksvertreter, und in diesem ward unter den

Gesetzen, welche der nächsten Volksvertretung zur Berathung vorgelegt werden würden, sub. 9. auch eine Verordnung betreffend die Aufhebung einiger Ehehindernisse, verheißen. Nach den früheren Vorgängen und den damaligen Zeitverhältnissen, darf mit Grunde kaum bezweifelt werden, daß hiermit recht eigentlich wenigstens auch auf das landrechtliche Eheverbot wegen Ungleichheit des Standes — §. 30. a. a. O. — mit hingewiesen werde. Eine solche Verordnung ist indessen bisher noch nicht ergangen, und es muß den Factoren der gesetzgebenden Gewalt überlassen bleiben, zu prüfen, ob die Aufhebung jenes Eheverbots jetzt zeitgemäß und ein Bedürfniß dazu vorhanden sei. Der Richter aber ist nicht befugt, um seiner subjectiven Meinung hierüber Geltung zu verschaffen, auf den vermeintlichen legislativen Grund des an sich durchaus klaren und unzweifelhaften §. 30. a. a. O. zurückzugehen*) und mit Hülfe dessen in den Artikel 4. a. O. einen Sinn hinein zu interpretiren, der aus dessen Worten gewiß nicht deutlich erhellet, diesem vielmehr offenbar fremd ist.

„Standesvorrechte" sollen nicht stattfinden; bleibt man bei diesen Worten stehen, so kann man darunter unmöglich das Verbot des §. 30.:

> Mannspersonen von Adel können mit Weibspersonen aus dem Bauer- oder geringen Bürgerstande keine Ehe zur rechten Hand schließen,

subsummiren, das seinen Worten, wie seinem Zwecke nach, doch nur als eine Beschränkung des einzelnen adlichen Mannes bei der Wahl seiner Ehegattin aufgefaßt werden kann. Daß nun auch die Redactoren des Allgem. Land-

*) Quum scriptum aperte sit, tum judicem legi parere, non interpretari legem oportere. Cicero de inventione. II. 43. i. F. Edit. Schütz. Tom. I. pag. 335.

rechts jenes Verbot in diesem Sinne und nicht als ein Standesvorrecht des Adels aufgefaßt haben, dafür spricht auch der Inhalt des Tit. 9. Thl. II., der speciell „Von den Pflichten und Rechten des Adelstandes" handelt. Dort werden §§. 34 ff. die „Vorrechte des Adels" besonders aufgezählt; nirgends jedoch wird jenes Verbots gedacht; daß dasselbe hier aber nicht etwa bloß übersehen ist, lehrt der §. 8. ebendas., der in Bezug auf die Frage: inwiefern der Adel durch Heirath erlangt werde? vorschreibt:

Wenn eine Person weiblichen Geschlechts aus einem niederen Stande, sich mit einer Mannsperson von Adel zur rechten Hand verehelicht, so erlangt sie dadurch die äußeren Rechte des Adels, insofern nicht etwa die Ehe selbst nach den Gesetzen für eine Mißheirath zu achten ist. (S. Tit. 1. §§. 30—33. 952. 940.)

und durch das Schlußallegat ganz ausdrücklich auf das hier in Rede stehende Eheverbot hinweist.

Offenbar unzutreffend ist die von dem Appellations-Richter hiergegen als argumentum a contrario beliebte Hinweisung auf die diesseitigen Präjudicate vom 25. October 1851 und 9. Januar 1854 (Entscheid. Bd. 21. S. 395. und Bd. 27. S. 76.); dort handelte es sich um die den Häuptern der vormals reichsständischen Familien durch die Allerhöchste Ordre vom 3. Januar 1845 verliehene Befugniß, Eide in Processen über ihre Domainen, selbst ohne Bewilligung des Gegentheils, durch einen Beamten ableisten zu lassen; diese Befugniß ist damals für ein wirkliches Standesvorrecht angesehen und durch den Art. 4. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 für aufgehoben erachtet worden. Abgesehen davon, daß diese Ansicht durch den späteren Allerhöchsten Erlaß vom 9. October 1854 — Ges. Samml. 1854 S. 450. — reprobirt ist, so leuchtet

auch ohne nähere Ausführung von selbst ein, daß die in der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 3. Januar 1845 — Ges. Samml. 1845 S. 37. — den Häuptern der vormals reichsständischen Familien verliehene Befugniß, in Processen Eide durch ihre Beamten abzuleisten, in keiner Weise mit dem Eheverbote des §. 30. gleichzustellen ist, daß mithin auch nicht füglich von der angenommenen Aufhebung jener auf die gleichzeitige Beseitigung dieses zurückgeschlossen werden kann.

Wenn im §. 30. a. a. O. dem Adel der Bauer- und geringe Bürgerstand gegenüber gestellt wird, so ist dabei nur eben so auf den nicht weg zu leugnenden Unterschied der Stände hingedeutet, wie in dem §. 112. Thl. I. Tit. 6. des A. L. R., nach welchem Personen vom Bauer- und gemeinen Bürgerstande, denen körperliche Verletzungen aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, ein billiges Schmerzensgeld fordern können; oder, wie in dem §. 701. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R.:

> Wegen bloß mündlicher Beleidigungen, ingleichen wegen geringer Thätlichkeiten sollen Eheleute gemeinen Standes nicht geschieden werden.

Daß nun auch diese letzteren Bestimmungen durch die angerufenen Grundsätze des Art. 4. a. a. O. aufgehoben wären, ist wohl ernstlich niemals behauptet worden; und doch stehen sie insofern mit dem Eheverbote des §. 30. a. a. O. in der That auf gleicher Stufe.

Muß hiernach die Ehe zwischen dem Gutsbesitzer von H. G. und der Johanna Th. allerdings als eine nichtige angesehen werden, §§. 30—33. 940. 952. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. und hat demgemäß die aus dieser nichtigen Ehe entsprossene Tochter Florentine nur die Rechte eines Kindes aus einer Ehe zur linken Hand, §. 56. Thl. II.

Tit. 2. des A. L. R., so erscheint die allgemeine Abweisung der Kläger, wie die vorigen Richter sie ausgesprochen haben, keinesweges gerechtfertigt; es muß daher um so mehr auf die einzelnen drei Anträge der Kläger näher eingegangen werden, als die verschiedene rechtliche Natur der letzteren eine abgesonderte Beurtheilung derselben nothwendig macht.

Zu dem ersten Antrage:

> die von dem von H. G. mit der Johanna Th. eingegangene Ehe für nichtig zu erklären,

erscheint die Wittwe von H. G., die Klägerin, in keiner Weise legitimirt. Ein solches Anfechtungrecht einer ungleichen Ehe ist im Gesetze nirgends den Verwandten im Allgemeinen, oder den Erben des adlichen Mannes beigelegt, sondern die §§. 950. 951. schreiben nur vor:

> die Fortsetzung nichtiger Ehen ist der Richter zu dulden nicht befugt. Vielmehr muß er, so bald dieselben zu seiner Kenntniß gelangen, die Verbundenen von Amtswegen trennen, und einen fiscalischen Bedienten anweisen, auf die förmliche Nichtigkeits-Erklärung anzutragen.

Daraus, daß der Richter die Verbundenen von Amtswegen trennen soll, darf nicht geschlossen werden, daß er dies um so mehr auf den Antrag jeder Privatpartei thun müsse; „denn der Antrag einer dazu nicht berechtigten Partei" heißt es in dem, einen insoweit gleichen Fall, entscheidenden Revisions-Urtel vom 8. Februar 1836 — Entscheidungen Bd. 1. S. 37. 38. — „ist wirkungslos und als unstatthaft nicht nur nicht zu beachten, sondern zurückzuweisen." Der §. 950. verbietet dem Richter aber auch nur „die Fortsetzung" nichtiger Ehen zu dulden und folgeweise befiehlt ihm der §. 951 die Verbundenen zu trennen. Ersichtlich aber kann von einer Fortsetzung der Ehe dann nicht mehr die Rede sein, wenn, wie hier, die Ehe

durch den Tod des einen Gatten getrennt ist. **Wirkt schon** das rechtskräftige Scheidungsurtel eine gänzliche Aufhebung der Ehe und aller ihrer bürgerlichen Folgen, in Ansehung beider Theile, — §. 732. a. a. O. — so muß dies **gewiß** noch in weit höherem Grade und um so **unbedenklicher bei** der Trennung der Ehe durch den Tod — Thl. II. **Tit. 1.** Abschn. 7. des A. L. R. — angenommen werden. Die Ehe, wie man ihren Begriff auch immerhin bestimmen mag, begründet gewiß und unzweifelhaft ein rein persönliches Verhältniß unter den beiden Ehegatten. Rechte aber, welche nur der Person ankleben, verschwinden durch derselben Tod. — §. 102. der Einl. zum A. L. R. — Den verstorbenen und den überlebenden Ehegatten kann der Gesetzgeber daher nicht füglich mehr als „Verbundene" bezeichnen, die der Richter erst trennen müßte. — §. 951. a. a. O. — Die Functionen des in diesem Gesetze erwähnten fiscalischen Bedienten sind nach §. 5. der Verordnung vom 28. Juni 1844 auf die Staats-Anwaltschaft übergegangen, die darnach verpflichtet ist, nichtige Ehen, die durch den Richter oder sonst zu ihrer Kenntniß kommen — §§. 950. 951. a. a. O. — anzufechten. Gerade dies Organ der Staats-Regierung, das in den Processen wegen Nichtigkeit einer Ehe das öffentliche Interesse wahrzunehmen hat, — §. 4. der Verordnung vom 28. Juni 1844 — hat es abgelehnt, die Ehe des von H. G. mit der Johanna Th. noch jetzt nachträglich als nichtig anzufechten, und der Justiz-Minister, als letzte Aufsichtsbehörde der Staats-Anwaltschaft, hat sich nach dem Rescripte vom 30. September 1854 nicht veranlaßt gefunden, hierin eine Aenderung eintreten zu lassen, da von Anfechtung einer durch den Tod bereits getrennten Ehe auf Grund der §§. 950. 951. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. und des §. 5. der Verordnung vom 28. Juni 1844

im öffentlichen Interesse nicht die Rede sein könne, die Frage aber: welche Rechte der Wittwe und der aus der Ehe entsprungenen Tochter auf den Nachlaß des von H. G. zuständen, insofern Zweifel darüber erhoben würden, im Wege des Privatrechtsstreites unter den Interessenten ihre Erledigung finden müßten.

So wenig, wie zu jenem ersten, erscheint die Klägerin aber auch zu dem zweiten generellen Antrage legitimirt:

Die Florentine von H. G. als ein Kind, welches nicht aus einer Ehe zur rechten Hand entsprungen, zu erkennen.

Die Klägerin bestreitet gar nicht, daß die Florentine von H. G. von ihrem Sohne von H. G. mit der Johanna Th. in der Ehe erzeugt sei, sie folgert nur aus der vermeintlichen Nichtigkeit dieser Ehe, daß jener, aus dieser Ehe entsprossenen Tochter, nicht die Rechte eines Kindes aus einer Ehe zur rechten Hand gebührten, sondern daß sie nur die Rechte eines Kindes aus einer Ehe zur linken Hand habe, — §. 56. Thl. II. Tit. 2. des A. L. R. — und insbesondere, daß sie den Namen des Vaters nicht führen dürfe.

Die Bedenken gegen die klägerische Activ-Legitimation zur Sache hätten schon von Amtswegen geprüft werden müssen; die Revisen aber haben im Termine zur mündlichen Verhandlung der Sache auch noch besonders gerügt, daß die Klägerin gesetzlich nicht befugt sei, die formirten Anträge zu stellen.

Wesentlich anders dagegen verhält es sich mit dem Antrage zu 3.:

beide Verklagte zu verurtheilen, anzuerkennen, daß die Mitverklagte verehel. von G. ein Erbrecht auf den Nachlaß des Gutsbesitzers von H. G. überhaupt nicht habe, und daß ihrer Tochter, Florentine von H. G., ein solches wenig-

stens nicht als einem Kinde aus einer Ehe zur rechten Hand gebühre.

In Ansehung dieses Punktes kann die Sachlegitimation der Klägerin nicht dem geringsten Bedenken unterworfen sein. Wird die Ehe des von H. G. mit der Johanna Th. als eine gültige und folgeweise die Florentine von H. G. als ein Kind aus einer Ehe zur rechten Hand angesehen, so beerben Beide den ab intestato verstorbenen Erblasser allein, mit Ausschluß der Klägerin. — §§. 300., 301. Thl. II. Tit. 2. und §§. 621., 623. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. — Muß jene Ehe aber als eine nichtige betrachtet werden, so sind aus derselben zunächst für die Johanna Th., nunmehr anderweitig verehelichte von G., niemals die Rechte, wie aus einer wirklichen Ehe entstanden. — §. 952. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. — Die Florentine von H. G. aber würde nur als ein Kind aus einer Ehe zur linken Hand zu erachten sein — §. 56. Thl. II. Tit. 2. des A. L. R. — und in dieser Eigenschaft ein sehr beschränktes Erbrecht auf den Nachlaß ihres Vaters neben der Klägerin haben. — §§. 570 ff., 580., 489. Thl. II. Tit. 2. des A. L. R.

Da nun, so lange die Erbrechte und Quoten der Interessenten nicht ausgemacht sind, die Anlegung einer Erbschicht unter ihnen sich nicht denken läßt, so müssen zuvörderst diese beiden Präjudicialfragen, wenn die Parteien darüber uneins sind, erörtert und entschieden werden. — §. 3. Tit. 46. der Proc.-Ord. — Insoweit stehen sich die Klägerin und die Verklagten als streitende Erbprätendenten gegenüber; es leidet keinen Zweifel, daß die Erstere eine richterliche Entscheidung hierüber zu verlangen, vollkommen berechtigt ist.

In der That bildet nun auch dieser dritte Antrag den wichtigsten und Hauptpunkt des ganzen gegenwärtigen

Rechtsstreits, zu dem sich die Petita zu 1. und zu 2. eigentlich nur als die entfernteren und vorbereitenden Klagefundamente verhalten, die daher füglich als durch die Entscheidung zu 3. als erledigt angesehen werden können, wenn diese, wie nach der obigen Ausführung allerdings geschehen muß, im Wesentlichen zu Gunsten der Klägerin ausfällt. Ebendeshalb genügte es aber auch für den vorliegenden Zweck vollkommen, dies im Urtels-Tenor auszusprechen. Die Ehe des Gutsbesitzers von H. G. mit der Johanna Th. nachträglich noch besonders und ausdrücklich für nichtig zu erklären, erschien nicht angemessen, weil jene Ehe ohnehin bereits durch den Tod getrennt ist; es war dies aber auch insofern unstatthaft, als die Klägerin zu einem solchen Antrage gar nicht für legitimirt erachtet werden kann; endlich aber reicht es, um die hier vornämlich streitigen erbrechtlichen Verhältnisse zu regeln, vollkommen aus, überhaupt nur zu untersuchen und festzustellen, ob jene Ehe wirklich als nichtig im Sinne des §. 940. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. anzusehen sei, oder nicht. Diese letzteren Rücksichten greifen in gleichem Maaße auch bei dem Antrage zu 2. Platz.

Der ganze gegenwärtige Rechtsstreit ist bei der Regulirung des Nachlasses des Gutsbesitzers von H. G. und namentlich über die präjudicielle Vorfrage entstanden: wer von den Parteien und in welchem Maaße dieselben Erben des Verstorbenen geworden? Zu diesem Zwecke genügt es aber vollständig, über den gerade hierauf gerichteten Antrag zu 3. zu erkennen. Damit indessen künftig bei der Nachlaßregulirung über die Erbberechtigung der Tochter Florentine aus der bloß negativen Fassung des Antrags ad 3. zu erkennen, daß ihr ein Erbrecht als einem Kinde aus einer Ehe zur rechten Hand nicht gebühre, nicht neue Zwei-

fel und Bedenken entstehen, ist es für angemessen erachtet, auf Grund des §. 56. Thl. II. Tit. 2. des A. L. R. **zugleich** positiv hinzuzufügen, daß ihr nur die Rechte **eines** Kindes aus einer Ehe zur linken Hand zuständen (§§. 570 ff. ebendaselbst).

Schon nach allgemeinen Grundsätzen versteht sich **von** selbst, daß die Festsetzungen des **jetzigen** Revisions-**Urtels** nur den Klägern gegenüber von rechtlicher Wirkung **sein** können, Dritten zu diesem Processe nicht zugezogenen **Personen** aber weder entgegenstehen noch zu statten **kommen**; um hierüber keinen Zweifel übrig zu lassen sind die **Worte**: „den Klägern gegenüber" in den Urtels-Tenor **mitaufgenommen**. —

Zwar haben die Verklagten im Audienz-Termine zweiter Instanz auch noch behauptet, daß die Klägerin, die Wittwe Kunigunde von H. G., ihren Consens zur Eheschließung ihres Sohnes mit der Johanna Th. vor der Hochzeit ausdrücklich erklärt habe; dieser Einwand verdient indessen formell keine Berücksichtigung, weil er für die Appellations-Instanz verspätet war — Instruction vom 24. Juli 1833 §. 45. — und in der Revisions-Rechtfertigung nicht wieder mit aufgenommen ist. Er erscheint aber auch materiell ohne alles Gewicht, weil der Consens der genannten Wittwe von H. G., die nach §§. 30. und 940. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. wegen Ungleichheit des Standes n i c h t i g e Ehe ihres Sohnes immer nicht zu einer gültigen Ehe zu erheben vermochte. — §§. 32. 33. a. a. O. — Ihre Einwilligung hätte nur die Wirkung gehabt, daß sie nun nicht mehr ihren Sohn nach §. 1000. a. a. O. auf die Hälfte des Pflichttheils zu enterben vermochte; darauf kommt es indessen hier nicht an.

№ 27.

Einwirkung der Gütergemeinschaft auf voreheliche Wechsel-Schulden.

Können Forderungen aus Wechseln, welche der eine Ehegatte vor Eingehung der gütergemeinschaftlichen Ehe ausgestellt, acceptirt oder indossirt hat, nach vollzogener Ehe auch gegen den anderen Ehegatten im Wechsel-Processe eingeklagt werden?

A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §. 391.
Deutsche Wechsel-Ordnung Art. 2. 81.

Die Wittwe J. hatte einen, am 23. Mai 1856 von Friedrich K. auf sie gezogenen, am 2. September 1856 zahlbaren Wechsel über 400 Thlr. acceptirt und demnächst im Juli 1856 den Michael G. zu Löbau geheirathet. Weil Zahlung am Verfalltage nicht erfolgte, so ließ der Kaufmann F., an welchen der Wechsel durch Blanco-Giro gediehen war, Protest aufnehmen, und erhob demnächst bei dem Kreisgericht zu Elbing sowohl gegen den Aussteller, als gegen die Acceptantin, auf Zahlung von 400 Thlrn. nebst Zinsen, Provision und Protestkosten die Wechselklage, richtete dieselbe auch gegen den nunmehrigen Ehemann der Acceptantin, weil sie mit ihm in Gütergemeinschaft lebe, mit dem Antrage, auch ihn in Zahlung jener Beträge „bei Vermeidung der Execution in das gemeinschaftliche Vermögen, welches er mit seiner Frau besitzt," zu verurtheilen.

Der Aussteller und die Acceptantin ließen in contumaciam gegen sich verfahren. Der mitverklagte Ehemann der Acceptantin aber wandte gegen seine Verurtheilung ein,

daß er, weil seine Frau mehr Schulden als Vermögen in die Ehe gebracht, auf Grund des §. 392. Tit. 1. Thl. II. des A. L. R. bei der Kreisgerichts-Deputation zu Stuhm auf Vermögens-Absonderung angetragen habe, und berief sich zum Erweise dessen auf die Acten dieser Gerichtsbehörde. Der Kläger bestritt jene Behauptung und das Kreisgericht zu Elbing hielt dieselbe durch die bloße Berufung auf Acten eines anderen Gerichts, als bei welchem der Wechsel-Proceß schwebe, nach §. 7. des Einführungs-Gesetzes vom 15. Februar 1850 nicht genügend unter Beweis gestellt. Es sprach daher in dem Erkenntnisse vom 16. September 1856, indem es den Aussteller und die Acceptantin des Wechsels zur Zahlung der eingeklagten Beträge bei Vermeidung der Wechsel-Execution solidarisch verurtheilte, zugleich aus: „daß auch der mitverklagte Ehemann der Acceptantin, in so weit, als das gütergemeinschaftliche Vermögen reicht, für diese Schuld verhaftet zu erklären."

Die beiden Hauptverklagten ließen diese Entscheidung rechtskräftig werden. Der mitverklagte Ehemann der Acceptantin aber appellirte und verlangte, daß der Kläger mit seiner Klage, so weit sie gegen ihn gerichtet sei, in angebrachter Art abgewiesen werde, weil „seine angebliche Schuldverbindlichkeit mit dem von seiner Ehefrau ausgestellten Wechsel gar nichts zu schaffen habe, und es für ihn nicht präjudicirlich sein könne, wenn er ungehöriger Weise im Wechsel-Processe mitverklagt sei."

Das Appellations-Gericht zu Marienwerder bestätigte jedoch am 7. October 1856 das erste Urtel, weil die vorliegende Forderung nach §. 391. Tit. 1. Thl. II. des A. L. R. auf dem gütergemeinschaftlichen Vermögen hafte, mithin auch gegen die Vertreter dieser Vermögens-Masse mit allen ihr beiwohnenden Vorrechten als Wechsel-Forderung also

auch im Wechsel-Processe in demselben Maaße geltend gemacht werden könne, wie dies Art. 2. der Wechsel-Ordnung gegen den Erben des Wechsel-Schuldners zulasse; der Appellant habe daher allerdings die behauptete Aufhebung der Gütergemeinschaft sofort liquid machen müssen, und könne, da er dies unterlassen, mit dem Einwande nur in separato gehört werden.

Hiergegen erhob der mitverklagte Ehemann die Nichtigkeits-Beschwerde, in welcher er geltend machte, daß im Wechsel-Processe nur Wechsel-Verpflichtungen verfolgt, und letztere nur durch die Unterschrift eines Wechsel-Accepts oder Giro's, niemals aber durch eine Verheirathung eingegangen werden könnten, der Appellations-Richter daher mit Unrecht angenommen habe, der Verklagte könne dadurch, daß er mit seiner Ehefrau die Gütergemeinschaft eingegangen, für die, vor ihrer Verheirathung mit ihm von ihr contrahirten Wechsel-Schulden wechselmäßig mit verpflichtet werden. Diese Beschwerde ist auch vom vierten Senate des Ober-Tribunals für begründet erachtet, und es ist am 6. December 1856 in Erwägung:

daß zwar bei bestehender ehelicher Gütergemeinschaft die Gläubiger beider Ehegatten nach §. 391. Tit. 1. Thl. II. des A. L. R. auch wegen solcher Schulden, welche schon vor vollzogener Heirath gemacht worden, sich der Regel nach an das gemeinschaftliche Vermögen halten können, daß aber die diesfälligen Rechte der Gläubiger aus einer, von dem einen Ehegatten vor Eingehung der Ehe contrahirten Wechsel-Schuld gegen den anderen Ehegatten, welcher den Wechsel, das Accept oder Giro nicht mit unterzeichnet hat, im Wechsel-Processe nicht geltend gemacht werden können, weil die wechselmäßige Verpflichtung nach Art. 81. und 2. der Wechsel-Ordnung

auch in Bezug auf das Vermögen nur Diejenigen, welche die Wechsel-Urkunde mit unterzeichnet haben, oder die von ihnen rechtsgültig vertretenen Personen oder die Erben der Unterzeichner trifft, und eine analoge Anwendung dieser letzteren Bestimmungen auf das erst nach Vollziehung der Wechsel-Urkunde eingetretene gütergemeinschaftliche Verhältniß durch die singuläre Natur des Wechselrechts ausgeschlossen wird; daß mithin der Appellations-Richter den §. 391. a. a. O. unrichtig angewandt, indem er aus dem, von der damaligen Wittwe J. acceptirten Wechsel vom 23. Mai 1856 die Wechsel-Klage auch gegen deren jetzigen Ehemann, obgleich das Accept von diesem nicht mit unterzeichnet ist, zugelassen hat, woraus die Vernichtung des Appellations-Urtels und in der Hauptsache die Abweisung des Klägers mit seiner Wechsel-Klage, in so weit sie gegen den jetzigen Ehemann der Acceptantin gerichtet ist, von selbst folgt, dahin erkannt worden:

daß das Appellations-Urtel zu vernichten und in der Hauptsache das erste Erkenntniß, in so weit es sich auf den Mitverklagten Michael G. bezieht, dahin abzuändern, daß der Kläger mit seiner, gegen diesen Mitverklagten gerichteten Wechsel-Klage abzuweisen.

№ 28.

Gütergemeinschaft in Hamm.

Gilt in der Stadt Hamm der Grundsatz; daß bei nicht ausgeschlossener ehelicher Gütergemeinschaft und in Ermangelung abweichender Verträge oder

letzter Willensordnungen, der überlebende Ehegatte den kinderlos verstorbenen Ehegatten allein beerbt, — schlechthin als Statutarrecht, oder findet diese statutarische Erbfolge nur auf die Magistrats-Personen und auf die Einwohner, welche das Bürgerrecht erworben haben, Anwendnng?

Statut des Grafen Adolph zur Mark vom Jahre 1413.

Morgensprache zwischen Rath und Gemeinde der Stadt Hamm vom 12. Mai 1643. §. 5.

Revidirter Entwurf des Provinzial-Rechts der Grafschaft Mark von 1836 §. 31.

A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §§. 495. 346. 350.

Verordnung vom 2. Januar 1849. §. 15. (Gesetz-Sammlung S. 1.)

Gesetz vom 26. April 1851 (Gesetz-Sammlung S. 181.)

Der Schreiner Theodor K. starb am 27. Juni 1855 zu Hamm kinderlos und ohne Testament. Er hinterließ eine Wittwe, mit welcher er kurz zuvor, ohne vorgängige Eheberedungen, zur Ehe geschritten und die in Hamm, ihrem Wohnorte, geltende allgemeine eheliche Gütergemeinschaft eingegangen war. Sein noch lebender Vater klagte gegen die Wittwe auf deren Verurtheilung: ihn als nächsten Intestaterben seines Sohnes anzuerkennen, demzufolge das von diesem mit der Verklagten in dortiger provinzieller Gütergemeinschaft besessene Vermögen zur Theilung zu bringen und dem Kläger zur Hälfte herauszugeben.

Die Verklagte bat um Abweisung der Klage, weil nach dem Statutarrecht der Stadt Hamm sie, bei kinderlos gebliebener Ehe, vermöge der unter ihnen bestandenen Gütergemeinschaft, ihren Mann allein beerbt habe, wogegen der

Kläger sich darauf berief, daß der verstorbene Erblasser weder das Bürgerrecht in Hamm erworben, noch das Einzugsgeld bezahlt habe. Das Kreisgericht zu Hamm erkannte auch am 21. December 1855 nach dem Klageantrage, indem es unter Bezugnahme auf v. Rönne's Gütergemeinschaft in Cleve und Mark S. 136. 165. 152. ausführte, daß zwar in Hamm eine statutarische Erbfolge kinderloser Eheleute, gegründet auf ein Statut von 1413 und bestätigt in der Morgensprache vom 12. Mai 1643 §. 5. bestehe, daß aber hiernach diese Erbfolge durch die Eigenschaft des Ehemannes als einer Magistrats-Person oder doch eines Bürgers der Stadt, bedingt werde, und daß die Verklagte nicht nachgewiesen habe, daß ihr Ehemann nach den maaßgebenden Vorschriften der Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850 Bürger von Hamm geworden sei.

Auf die Appellation der Verklagten, welche, die in der Morgensprache gefundene Beschränkung bestreitend, auch eventuell Beweis darüber antrat, daß ihr verstorbener Mann wirklich Bürger der Stadt Hamm gewesen sei, erkannte das Appellations-Gericht zu Hamm am 30. Juni 1856, ohne Beweisaufnahme, abändernd auf Abweisung des Klägers mit seinem Antrage, und die hiergegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde wurde vom ersten Senat des Ober-Tribunals am 16. Januar 1857 verworfen.

Gründe.

Der Appellations-Richter geht bei seiner Entscheidung davon aus: es sei unbestritten, daß die Eheleute Schreiner Theodor K. in der dortigen provinziellen Gütergemeinschaft gelebt hätten. Diese Gütergemeinschaft könne aber eben keine andere sein, als die statutarrechtlich in der Stadt Hamm bestehende, welche die Eigenthümlichkeit habe, daß kinderlose Ehegatten, in Ermangelung abweichender Willens-

ordnungen einander mit Ausschließung aller Verwandten beerbten. Er führt dann weiter aus, daß der Umstand, daß das vom ersten Richter in Bezug genommene Statut vom 12. Mai 1643 sich nur auf bürgerliche Eheleute erstrecke, seiner Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall nicht entgegenstehe, wenn auch nicht zu erweisen wäre, daß der verstorbene Ehemann der Verklagten ein wirklicher Bürger der Stadt Hamm gewesen.

Der Implorant beschuldigt den Appellations-Richter, zunächst, daß er den §. 5. des Statuts vom 12. Mai 1643 und die §§. 350. 346. und 495. Thl. II. Tit. 1. A. L. R. durch unpassende Anwendung verletzt habe, indem die Grenzen des statutarischen Erbrechts sich immer nicht weiter erstrecken könnten, als es von jeher der Fall gewesen und als die Worte des Statuts lauteten, d. h. also auf die eigentlichen Stadtbürger, indem nur diese das Statut beschlossen hätten und also allein durch dasselbe verpflichtet würden.

Dieser Angriff kann jedoch für gerechtfertigt nicht erachtet werden. Der §. 5. der Morgensprache vom 12. Mai 1643 lautet wörtlich:

Und weil von Alters in dieser Statt Ham Statuli und Herbringens gewesen, daß eine Communio oder Gemeinschaft der Güter, Habens und Haltens, auch der Beschwer und Schulden unter bürgerlichen Eheleuten sei, daß auch, wenn keine Leibeserben vorhanden das eine Leib das andre erbe, es sei den, daß in die Eheberedungen oder andere Schriften Contracten und Vermachnussen, ein andres clausulirt und bevorwordet, So wirts bei solchem Uhralten statuto nochmals gelassen, daß darnach in ordinario et extraordinario judicio wohl geurthelt werden mag.

Unmittelbar vorher heißt es im §. 4. der Morgensprache, welche nach ihrem Eingang zwischen einem Erbrath und

ganzer Gemeine einmüthig verabscheidet und in **Schriften** zur Nachrichtung und Gedächtniß zu verfassen befohlen:

> Es sollen die alte löbliche Statuta und Gebräuche **dieser** Statt, so viel daran nicht geändert, obſervirt und **waß** davon beizubringen, in Schriften verfasset und den **Nachkommen** hinderlassen werden, damit die deswegen an **den** Gerichten oder sunsten schon erregte Streitigkeiten **abgeschafft** und hiernächst verhindert werden mögen.

Wenn nun darauf im §. 5. das alte Statut und **Herkommen** in der Stadt Hamm, als solches, d. h. als **bereits** von alter Zeit her in der Stadt Hamm bestehendes herkömmliches Recht anerkannt und festgestellt wird, so ergiebt **sich** zuvörderst der Gesichtspunkt, welcher der, vom ersten **Richter** in Bezug genommenen Bestimmung in dem älteren Entwurf, also lautend:

> Diese Erbfolge in der Stadt Hamm findet aber nur auf die Magistratspersonen und die Einwohner, welche das Bürgerrecht erworben haben, Anwendung;
>
> v. Rönne, Gütergemeinschaft in Cleve-Mark S. 136. 152. 165. 180.

zum Grunde liegt*), als ein irriger; der Gesichtspunkt

---

*) Nach einer Mittheilung aus den Materialien des Cleve-Märkischen Provinzial- und Statutarrechts findet sich in der vom Landgerichte zu Hamm am 20. August 1798 eingesandten Designation der in der Stadt und dem Amte Hamm geltenden Statute und Gewohnheiten (Vol. II. Fol. 5. der Commissions-Acten des Terlinden) bezüglich auf ein Bedenken:

> ob sich das Statut der Stadt Hamm auch auf die Bewohner der Feldmark von Hamm erstrecke?

Folgendes bemerkt:

> Da sich aber diese Morgensprache auf eine Vereinigung des Raths und der Bürgerschaft gründet, so kann dieses **statutum** nur auf die

nämlich, daß, weil sich die Morgensprache auf eine Vereinigung des Raths und der Bürgerschaft gründe, dieses Statut nur auf die Magistrats-Personen und diejenigen, welche das Bürgerrecht erworben, angewendet werden könne. Denn, wie schon Terlinden in dem älteren Werk über die Gütergemeinschaft in Cleve und Mark S. 46. bemerkt, war das Statut bereits 1413 vom Grafen Adolph zur Mark gegeben, die Morgensprache selbst kündigt sich gerade in diesem Punkt nur als eine, das alte Statut und Herkommen aufrecht erhaltende, keinesweges aber als eine neue Satzung und noch weniger als eine neue Vereinbarung zwischen Rath und Bürgerschaft an. Außerdem ist aber darin überall nur von einem Stadtrecht d. h. von einer ortsgültigen Norm für das eheliche Güterrecht, keinesweges aber von einem ausschließlich denjenigen Bewohnern der Stadt, welche das Bürgerrecht erworben haben, verliehenen Rechte die Rede, wie letzteres vom Appellations-Richter bereits genügend dargelegt worden ist.

Gerade, weil sich das Statut, oder alte Herkommen, als Norm für das eheliche Güterrecht in der Stadt Hamm ankündigt und ein Verhältniß normirt, das seiner Natur nach kein exclusives Bürgerrecht zum Gegenstande hat, sondern alle Bewohner der Stadt gleichmäßig interessirt, weil also die Vermuthung gegen die Beschränkung desselben auf die Bewohner, welche das Bürgerrecht erworben haben,

---

Magistrats-Personen und diejenigen, welche das Bürgerrecht erworben, angewendet werden.

Aus dieser Bemerkung, welcher Terlinden und die Redactoren des älteren Entwurfs gefolgt sind, ergiebt sich, wie man dazu gekommen ist, die im §. 5. der Morgensprache nicht vorkommende Beschränkung auf die Magistrats-Personen und diejenigen, welche das Bürgerrecht erworben haben, in den alten Entwurf aufzunehmen.

streitet, müßte die hier in Rede stehende Satzung des Stadtrechts: wonach der letztlebende Ehegatte, bei kinderloser Ehe, des Erstverstorbenen gesetzlicher Erbe ist, eine deutliche Anordnung einer solchen Beschränkung, um solche annehmen zu können, enthalten. Dies ist aber nicht der Fall; namentlich kann darauf der erste Satz, nach welchem die Gütergemeinschaft in der Stadt Hamm von Alters her unter bürgerlichen Eheleuten Herbringens gewesen, gar nicht bezogen werden, da man sonst annehmen müßte, die Morgensprache enthalte etwas historisch Unrichtiges. Denn nach den amtlichen Zeugnissen, welche in den Motiven zu dem revidirten Entwurf des Provinzialrechts der Grafschaft Mark de 1836 (ad §. 8. S. 22.) mitgetheilt worden sind, stand die communio bonorum inter conjuges, dafern durch Heirathsverschreibung oder Testament nicht ein Anderes disponirt worden, im Herzogthume Cleve und in der Grafschaft Mark und mithin auch in Hamm, schon damals allgemein fest und dieses Herkommen erhielt nur durch das landesherrliche Edict vom 4. November 1686 seine gesetzliche Bestätigung. Sie galt aber nur bei Eheleuten vom Bürgerstande, nicht aber bei denen vom Adel. Wollte man nun jenen ersten Satz nur von den eigentlichen Bürgern der Stadt, nicht aber von den übrigen Bewohnern bürgerlichen Standes verstehen, bei denen doch ohne allen Zweifel ebenfalls die eheliche Gütergemeinschaft galt, so würde dies historisch unrichtig sein. Sie galt in Hamm, wie in Cleve-Mark überhaupt, bei allen Eheleuten bürgerlichen Standes oder wie das Statut im ersten Satze sagt: unter bürgerlichen Eheleuten. Obwohl also in dieser Hinsicht in Hamm keine Abweichung von der bereits damals herrschenden provinziellen Gewohnheit stattfand und noch jetzt stattfindet, so konnte es doch, da damals

das Edict vom 4. November 1686 und das spätere Gutachten der Gesetz-Commission vom 23. August 1785, (Scotti's Samml. Bd. 4. S. 2269.) wonach die Exemtion aller von Adel außer Zweifel gestellt ward, noch nicht ergangen waren, gewiß nicht überflüssig, sondern nur rathsam erscheinen, jene, wenn auch factisch mit der provinziellen Observanz übereinstimmende Gültigkeit der ehelichen Gütergemeinschaft bei den Eheleuten bürgerlichen Standes in der Stadt Hamm als herkömmlich durch die Morgensprache noch mehr zu bestätigen. Außerdem ist es auch dem Sprachgebrauch weit entsprechender unter bürgerlichen Eheleuten nicht Eheleute, welche das Bürgerrecht erworben haben, sondern Eheleute bürgerlichen Standes zu verstehen. Kann nun aber in jenem ersten Satz, welcher mit dem Provinzialrecht übereinstimmt, und in welchem der Ausdruck „unter bürgerlichen Eheleuten" nur vorkommt, die Beschränkung auf diejenigen, welche das Bürgerrecht erworben haben, nicht gefunden werden, so ist sie selbstverständlich auch in dem zweiten Satz, der die eigentliche statutarische Abweichung vom Provinzialrecht: daß nämlich das eine Leib das andre erbt, ausspricht, nicht enthalten, da dieser gar keine Beschränkung macht, so daß immer nur dieselbe im ersten Satz vorkommende Einschränkung d. h. auf die bürgerlichen Eheleute, worunter nach der obigen Ausführung nur die Eheleute bürgerlichen Standes zu begreifen sind, auf diese statutarische Abweichung vom Provinzialrecht bezogen werden könnte.

Hieraus ergiebt sich denn von selbst, daß in der Stadt Hamm als Abweichung von dem Provinzialrecht schlechthin als Statutarrecht gilt: daß bei nicht ausgeschlossener Gütergemeinschaft und in Ermangelung abweichender Verträge oder letzter Willensordnungen, der überlebende

Ehegatte den kinderlos verstorbenen Ehegatten **allein beerbt**, wie dies der §. 31. des revidirten Entwurfs des **Provinzialrechts** der Grafschaft Mark denn auch **ausgesprochen** hat. Da aber so wenig das Provinzialrecht, als das **Statutar-Recht** besondere Bestimmungen über den Eintritt **und** den Umfang der statutarischen Gütergemeinschaft enthält, so **kommen** in dieser Hinsicht die Vorschriften des Allgem. **Landrechts** Thl. II. Tit. 1. §§. 495. 346. und 350., **als** die subsidiarisch geltenden Normen, allerdings in Anwendung, wonach die statutarische Gütergemeinschaft dadurch begründet wird, daß die Eheleute, ohne Ausschließung derselben, an dem Orte, wo dieselbe gilt, ihren ersten Wohnsitz nehmen, und wonach deren Anwendbarkeit durch die gesetzliche Regel beschränkt wird, daß die bloße statutarische Gütergemeinschaft sich nicht auf Eheleute erstreckt, die vermöge ihres Standes von der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Obrigkeit des Orts, wo sie leben, ausgenommen sind. Diese Regel (§. 346. a. a. O.), welche nach der Verordnung vom 2. Januar 1849 §. 15. und dem Gesetz vom 26. April 1851 durch die Aufhebung des eximirten Gerichtsstandes keine Aenderung erlitten hat, sondern ausdrücklich aufrecht erhalten worden ist, muß also auch auf das in Rede stehende statutarische Erbrecht des überlebenden Ehegatten, als die wahre und richtige Begrenzung desselben, Anwendung finden.

Aus den vorstehenden Gründen folgt dann auch, daß der Appellations-Richter durch seine Entscheidung weder den §. 5. der gedachten Morgensprache, noch die vorallegirten Bestimmungen des Allgem. Landrechts verletzt hat.

№ 29.

Eheliches Güterrecht in der Grafschaft Recklinghausen.

Gehört eine bäuerliche Besitzung, welche bei bestehender Ehe einem der Ehegatten von seinen Eltern durch einen sogenannten Uebertrags-Vertrag mit der Verpflichtung übereignet worden ist, an seine Geschwister statt ihrer Kindesquote eine bestimmte Abfindung zu entrichten, nach dem im Veste Recklinghausen geltenden ehelichen Güterrecht zu den gewonnenen oder zu den angefallenen Gütern?

Churkölnische Rechtsordnung vom 16. März 1663. Tit. II. §. 3., Tit. VIII. §§. 4. und 6. Tit. XII. §. 2.

Schlüter's Provinzial-Recht der Provinz Westphalen Bd. 3. §§. 120. 121.

Die Besitzer des im Veste Recklinghausen belegenen Gr. Hofes, Eheleute Theodor G., schlossen am 13. Mai 1831 mit ihren Kindern eine notarielle Vereinbarung, in deren Eingang sie erklärten:

Bereits im Jahre 1825 hätten sie ihren Gr. Hof ihrem ältesten Sohne Bernhard G. übertragen und verordnet, was dieser seinen beiden Geschwistern als Abfindung und Kindesquote auskehren solle .... Um allen künftigen Irrungen und Streitigkeiten unter ihren Kindern vorzubeugen, hätten sie es für zweckmäßig erachtet, hierüber noch eine verbindliche Vereinbarung abzuschließen.

Diese wurde dann dahin getroffen, daß die Eheleute Theodor G. hierdurch wiederholt ihrem ältesten Sohne Bern-

hard ihren Gr. Hof nebst Zubehör und Peculium **eigenthümlich** übertrugen, die dagegen ihren beiden anderen **Kindern**, als Abfindung und Kindesquote, von demselben **auszukehrenden** Leistungen bestimmten, und solches sowohl von dem ältesten Sohne, als von den Geschwistern, von **Letzteren** unter Verzicht auf alle Rechte und Ansprüche auf den Hof und das Peculium zu Gunsten ihres Bruders **genehmigt** wurde.

Der älteste Sohn Bernhard G. war damals bereits verheirathet und lebte mit seiner Frau in der im Veste Recklinghausen als Statutarrecht geltenden churkölnischen Gütergemeinschaft. Die Frau starb im Jahre 1847 mit Hinterlassung von sieben Kindern aus ihrer Ehe. Der Wittwer Bernhard G. für sich und als Vormund seiner beiden, unter seiner väterlichen Gewalt stehenden minderjährigen Kinder Werner und Bernhard, ingleichen seine großjährigen Kinder, übertrugen durch gerichtlichen Vertrag vom 21. October 1850 alle ihre Rechte an dem Gr. Hofe dem Johann G. ältesten Sohne des Bernhard G., zum vollen Eigenthume, gegen Leibzucht des Vaters und Abfindung der Geschwister. Die obervormundschaftliche Bestätigung dieses Vertrages wurde jedoch verweigert, weil die minderjährigen Kinder des Bernhard G. zu je einem Siebentel Miteigenthümer des gedachten Hofes dadurch geworden seien, daß der Hof während der Ehe des Bernhard G. diesem von seinen Eltern, ohne einen Vorbehalt, daß dies Illatum sein solle, übertragen worden sei, der Hof also, als eheliche Immobiliar-Errungenschaft, nach dem Tode der Ehefrau Bernhard G. im Jahre 1847 sich, in Folge des Statutarrechts, auf ihre sieben Kinder vererbt habe. Der Johann G. wollte dagegen durch jenen Vertrag vom 21. October 1850 das Alleineigenthum des Hofes erworben haben, weil

sein Vater über den Hof, als über sein Sondereigenthum, gültig allein habe verfügen können, indem demselben, als ältestem Sohne, der Hof nach alter Hofessuccession von seinen Eltern durch die Urkunde vom 13. Mai 1831, die als letztwillige Verordnung oder als Act der Liberalität angesehen werden müsse, abgetreten und hinterlassen worden sei, solcher also keinesweges als ehelicher Erwerb betrachtet werden könne. Nachdem er deshalb gegen die gedachten beiden Minorennen und eine großjährige Schwester auf Bewilligung der Umschreibung des Besitztitels des Hofes auf seinen Namen Klage erhoben, diese aber auf Zuerkennung von drei Siebenteln des Hofes angetragen hatten, wurden Letztere durch die gleichlautenden Urtel des Kreisgerichts zu Dorsten vom 17. December 1855, und des Appellations-Gerichts zu Münster vom 21. Juni 1856, mit ihren Miteigenthums-Ansprüchen an den Hof abgewiesen und schuldig erkannt, die Berichtigung des Besitztitels des Hofes auf den Namen des Klägers zu bewilligen.

Die hiergegen Seitens der minorennen Geschwister erhobene Nichtigkeits-Beschwerde wurde am 12. December 1856 vom ersten Senate des Ober-Tribunals zurückgewiesen.

Gründe.

Der Appellations-Richter hat in Uebereinstimmung mit dem Richter erster Instanz angenommen, daß der Gr. Hof keine Errungenschaft, sondern ein Illat der Ehe des Bernhard G., Letzterer also nach dem Tode seiner Frau wohl befugt gewesen sei, durch den Vertrag vom 21. October 1850 den Hof als sein Alleineigenthum, dem Kläger, wie geschehen, zu übertragen. Er begründet diese Annahme näher in folgender Art:

Der Begriff der ehelichen Errungenschaft werde in dem für das vestisch Recklinghausensche eheliche Güterrecht maaß-

gebenden Gesetze, der churcölnischen Rechtsordnung vom 16. März 1663, nicht definirt; es würden bloß die „anerwonnenen", „gewonnenen", „mit einander gewonnenen Güter" den „zugebrachten" und „anerfallenen" gegenüber gestellt. (Tit. VIII. §. 4., II. §§. 3. und 6., XII. §. 2.) Nach Schlüter, Provinzial-Recht der Provinz Westphalen Bd. 3. §§. 120., 121. gälten im Veste Recklinghausen als anerfallene Güter solche, welche während der Ehe einem Ehegatten allein durch gesetzliche Erbfolge, oder aus letztwilligen Verordnungen oder Erbverträgen, oder durch bloß auf Freigebigkeit beruhende Schenkungen von Anverwandten oder Fremden zufallen; zum Acquest dagegen gehörten die während der Ehe erworbenen Güter, so weit sie nicht zu jenen anerfallenen zu rechnen seien. Nach diesen Begriffsbestimmungen beruhe das System der dortigen particulären Gütergemeinschaft auf keinen von der Theorie des gemeinen deutschen Privatrechts über dieses Rechtsinstitut abweichenden Principien. Es lasse sich daraus erkennen, daß dort, wie überhaupt, solche Erwerbungen, welche in getrennten und ausschließenden individuellen Beziehungen eines Ehegatten ihren Entstehungsgrund hätten, und bei welchen deshalb die bei jeder Gütergemeinschaft die Gemeinschaftlichkeit des Ehevermögens bedingende gesetzliche Fiction der Personeneinheit der Ehegatten nicht Platz greifen könne, von der Gemeinschaft ausgeschlossen bliebe. In Anwendung dieses allgemeinen Grundsatzes seien die Germanisten hinsichtlich der particulären Gütergemeinschaft der übereinstimmenden Ansicht, daß Erwerbungen, die in vor der Ehe bestandenen Verhältnissen ihre Veranlassung und ihren Grund hätten, nicht zur Errungenschaft der Ehe gehörten und rechneten hierzu Erbschaften, Legate, Schenkungen von Todeswegen, Vorempfang auf künftige Erbschaften und überhaupt solche

Vermögenszuwüchse, die aus Verwandtschaftsverhältnissen, aus dem nexus sanguinis des honorirten Ehegatten sich motivirten, nicht in die eheliche Errungenschaft. Danz, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 7. S. 29., Eichhorn, deutsches Privatrecht Thl. II. Bd. 4. §. 311., Walter, desgl. §. 222., Gerber, desgl. §. 234., Weiske, Rechtslexicon Bd. IV. S. 934., Voet ad D. L. 23. Titel 4., wie auch besonders Abraham a Wesel in seinem Tractatus de commun. bon. societate II. 83., 89., 100., 102. verträten diesen Grundsatz.

Im vorliegenden Falle habe nun zwar der Bernhard G. den Hof nicht angeerbt, und weder durch eine letztwillige, noch eine liberale Disposition seiner Eltern, sondern durch den Act vom 13. Mai 1831 erworben, welcher unverkennbar sich als einen jener beim Bauernstande üblichen Uebertrags-Verträge darstelle, die den Zweck hätten, das Bauerngut ganz und ungetheilt in der Familie zu erhalten und im bäuerlichen Leben gemeiniglich die letztwilligen Dispositionen ersetzten. Diese Uebertrags-Verträge zwischen Eltern und Kindern führten in ihrem thatsächlichen Erfolge zu dem Resultat, daß die Wirkungen des erbschaftlichen Gutsantritts schon unter Lebenden erfrühet würden, und seien, wie auch in der, dem Plenarbeschlusse des Ober-Tribunals vom 21. November 1846 (Justiz-Minist. Bl. S. 210.) zu Grunde liegende Berathung hervorgehoben sei, analoger Natur mit einer divisio parentum inter liberos.

Der bewegende Grund des Zustandekommens solcher Verträge sei dem der letztwilligen Verfügungen in so weit gleich, als sie, wie diese, ein Ausfluß der persönlichsten Verhältnisse, des vinculum sanguinis seien und somit aus einem Grunde hervorgingen, der auf die aufheirathende Ehefrau des Uebertragnehmers keine ausdehnende Anwen-

dung erleide. Aus dem hier vorliegenden Vertrage vom 13. Mai 1831 sei unverkennbar zu entnehmen, daß derselbe lediglich im Interesse der G.-Familie ohne eine Beziehung auf die Ehefrau des Bernhard G. geschlossen sei, da darin gesagt werde, der Zweck der Vereinbarung sei, die Vorbeugung künftiger Streitigkeiten unter den Kindern, und es erhelle, daß der Grund des Erwerbes des Bernhard G. der Umstand sei, daß er der älteste Sohn auf dem Hofe gewesen. Es müsse daher nach den, auch im vestischen ehelichen Güterrecht anwendbaren allgemeinen Principien, angenommen werden, daß der Hof nicht zum Acquest der Ehe des Bernhard G., sondern vielmehr als ein anerfallenes Vermögensstück zu dessen Sondergut gehört habe.

Verklagte wollten die Errungenschafts-Qualität desselben noch durch Hinweisung darauf darthun, daß der Hof durch einen onerosen Vertrag erworben sei. Indessen sei ihre Ansicht, daß alle onerosen Erwerbungen acquisitiones thori seien, mit dem ersten Richter, unter Verweisung auf Schlüter a. a. O. S. 56. als unrichtig zu bezeichnen.

Die Imploranten werfen

1. dem Appellations-Richter vor, er verstoße gegen Tit. II. §. 3. Tit. VIII. §. 6. der Rechtsordnung vom 16. März 1663, §. 4. des Publications-Patents vom 9. September 1814, §§. 396. 400. bis 404. Thl. II. Tit. 1. §§. 7. 8. Thl. I. Tit. 5. §. 656. Thl. I. Tit. 12. des A. L. R. und verkenne zugleich die Natur und den rechtlichen Charakter des durch den Vertrag vom 13. Mai 1831 begründeten Rechtsgeschäfts nach No. 9. der Instruction vom 7. April 1839.

Zunächst muß nun aber der §. 4. des gedachten Publications-Patents und die darauf gestützte Anwendbarkeit der Vorschriften des A. L. R. im Sinne dieses §. 4. auf die

vorliegende, dem Statutarrecht angehörige Streitfrage, als einflußlos bezeichnet werden. Denn der §. 4. setzt, nach seiner Verbindung mit den vorhergegangenen Bestimmungen einen Fall voraus, wo die nunmehr aufgehobenen Gesetze auf die früher vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten in Anwendung zu bringen, und die damals vorhandenen auf den vorliegenden Fall anzuwendenden Gesetze dunkel oder zweifelhaft sind. Alsdann soll derjenigen Meinung der Vorzug gegeben werden, welche mit den Vorschriften des A. L. R. übereinstimmt, oder derselben am nächsten kommt. Aus dieser Bestimmung kann keine Entscheidungsquelle oder Auslegungsnorm für ein noch geltendes und vorzugsweise, vor dem A. L. R. in Anwendung kommendes Provinzial- oder Statutarrecht entnommen werden. Abgesehen davon, daß das A. L. R. die vorliegende Streitfrage ebenfalls nicht ausdrücklich entscheidet, kann dieses bloß subsidiarische Recht also nicht zur Erklärung einer vorhandenen Bestimmung des Statutarrechts angewandt werden.

Nicht minder verfehlt erscheint der Vorwurf, daß der vorige Richter die Natur und den rechtlichen Charakter des durch den Vertrag vom 13. Mai 1831 begründeten Rechtsgeschäfts verkannt habe, da er ihn vielmehr ganz richtig als einen solchen sogenannten Uebertragsvertrag bezeichnet hat, durch welchen die bäuerlichen Wirthe sehr häufig schon bei ihren Lebzeiten, als Surrogat und an Stelle einer letztwilligen Verfügung oder dispositio parentum inter liberos, ihr Gut und ihre sonstige Habe auf ihre Descendenten in der Weise übertragen, und unter ihnen vertheilen, daß sie dasselbe, zur möglichen einheitlichen Erhaltung des Guts in der Familie, einem derselben, hier dem ältesten Sohne, gegen die Verpflichtung zur üblichen Abfindung seiner Ge-

schwister, anstatt des künftigen Erbtheils, abtreten. Im vorliegenden Falle tritt diese Absicht einer erfrühten Erbregulirung um so deutlicher hervor, als die Eheleute Theodor G. jene Vereinbarung vom 13. Mai 1831 mit ihren drei Kindern ausdrücklich in der Absicht geschlossen hatten, um allen möglichen künftigen Irrungen und Streitigkeiten unter ihren Kindern vorzubeugen, und dann unter Zustimmung ihrer Kinder dem ältesten Sohne Bernhard G. ihren Gr. Hof nebst Zubehörungen und Peculium übereigneten, so wie diesen verpflichteten, den beiden anderen Kindern die bestimmten Leistungen, als Abfindung und Kinderquote zu gewähren.

Es fragt sich daher nur, ob der vorige Richter dadurch, daß er den auf diesem Wege vom gedachten ältesten Sohn, dem Vater des jetzigen Klägers, eigenthümlich erworbenen Hof nicht für eine Immobiliar-Errungenschaft der damals bereits bestehenden, nach dem statutarischen Güterrecht des Veites Recklinghausen zu beurtheilenden Ehe erachtet hat, die vom Imploranten bezeichneten Bestimmungen der jenes Güterrecht normirenden churkölnischen Rechtsordnung vom 16. März 1663 verletzt habe? Dies ist jedoch ebenfalls nicht anzunehmen.

Der §. 3. Tit. II. dieser Rechtsordnung bestimmt:

> Die in jeder Ehe anerwonnenen liegende oder unbewegliche Güter ... sollen bei derjenigen Ehe Kindern, darin sie gewonnen, verbleiben &c.

ferner §. 6. Tit. VIII.:

> Wann aber das erst abgestorbene von beiden Eheleuten Kinder aus selbiger Ehe erzeugt hinter sich im Leben verläßt, alsdann soll zwarn das jetzt lebend alle Fahrnus, wie vorgemeldt, für sich behalten, den Heirathspfennig aber und andere zugebrachte, oder

bei stehender Ehe dem Erstabgestorbenen zugefallene, wie auch die gewonnenen Güter nur leibzüchtig sein Leben lang, es greife dasselbe zur andern Ehe oder nicht, zu genießen haben.

In gleicher Art ist im §. 4. von den in stehender Ehe anerwonnenen liegenden Gütern die Rede, nirgends ist aber in der Rechtsordnung eine nähere Bezeichnung dieser Güter gegeben. In anderen Landesordnungen, wo auch eine particuläre Gütergemeinschaft stattfindet, hat man eine nähere Beschreibung des ehelichen Erwerbs, welcher gemeinschaftliches Eigenthum beider Ehegatten werden soll, gegeben. So sagt das Trier'sche Landrecht von 1663 (resp. 1713) Titel VI.

§. 8. Güter, welche in stehender Ehe, durch der Eheleute Fleiß acquirirt und angelegt worden.

§. 10. Was in stehender Ehe von einem Ehegatten errungen wird, kommt beiden zu Vortheil und ist pro acquisito zu halten, wenn schon in dem Acquisitions-Instrument von einem Ehegatten allein Meldung geschehen.

Ferner die Katzenelnbogener Landesordnung von 1616 Thl. IV. Cap. 9. §. 1.:

Für erkobert Gut soll dasjenige verstanden werden, was Mann und Weib aus demjenigen, was sie zusammengebracht und sonsten gehabt haben, in stehender Ehe erspartet, oder sonsten beiderseits mit mühsamem Fleiß und guter treulicher Haushaltung erworben und für sich gebracht haben rc.

Das Mainzer Landrecht von 1755 Tit. 3. §. 3.:

Dasjenige, was zwei Eheleute in Zeiten ihres Ehestandes von der Abnutzung des einen oder ihrer beiden zugebrachten Gütern zurückgelegt, mit Handeln gewonnen, mit

Arbeiten oder Diensten erworben und erspart, und nach Abzug deren Zeit stehender Ehe contrahirten Passiv-Schulden übrig lassen, soll für Errungenes gehalten werden.

Endlich das Solmser Landrecht von 1571 Tit. 28. §. 3.:

Güter, so beide Eheleute in währenden Ehestand mit einander erzeugt, erkauft, und namentlich durch ihre Mühe, Arbeit und fleißige Haushaltung erobert haben.

In der Abhandlung von Evelt über die in der Grafschaft Redlinghausen herrschende eheliche Gütergemeinschaft (von Kamptz, Jahrbücher Bd. 29. p. 9.) wird im §. 6. gesagt:

Zur ehelichen Errungenschaft gehören alle Güter, welche während der Ehe von beiden Ehegatten, oder auch durch einen derselben durch Glück oder Fleiß erworben worden. Zur Errungenschaft gehört alles, was während der Ehe angekauft wird ꝛc.,

eine Begriffsbestimmung, welche jenen Landesordnungen sowohl, als auch dem Ausdrucke der Rechtsordnung selbst: „gewonnene" oder „anerwonnene Güter" entspricht.

Dagegen bemerkt Schlüter, Provinzialrecht von Westphalen Bd. 3. S. 58. zu den vom Appellations-Richter wieder gegebenen §§. 120., 121.:

Bei dem Erwerbe komme es nicht darauf an, ob ein Gut durch Fleiß, Arbeit, Geschicklichkeit oder durch Glück erworben; auch nicht, ob die Eheleute überhaupt reicher geworden.

Weit wichtiger ist dessen Auffassung in den §§. 120. und 121. selbst, wonach aller Erwerb während der Ehe als ehelicher Erwerb zu betrachten, insofern er nicht zu den anerfallenen Gütern, d. h. solchen zu zählen ist, welche während der Ehe Einem Ehegatten allein durch gesetzliche Erbfolge, oder aus letztwilligen Verordnungen oder Erbverträ-

gen, oder durch bloß auf Freigebigkeit beruhende Schenkung von Anverwandten oder Fremden zufallen. Denn hierdurch wird alles Gewicht auf die Präcisirung der Fälle des „Anfalls", der „Delation", im Gegensatz zu, und als Ausnahme von der Regel des ehelichen Acquestes gelegt. — Mag nun aber auch ein practisches Bedürfniß dahin geführt haben, den schwankenden Gegensatz während der Ehe gewonnener und anerfallener Immobilien, in der gedachten Art zu lösen, und dadurch an Stelle jener Gegeneinanderüberstellung beider Erwerbungsarten während der Ehe, welche eine unendliche Casuistik und viele Zweifel hervorgerufen hat, sich eine Regel zu bilden, so kann doch, da die Rechtsordnung einmal die nähere Begrenzung beider Erwerbungsarten der Doctrin und Praxis überlassen hat, in jener Begriffsbestimmung und Begrenzung der anerfallenen Immobilien nicht etwas gesetzlich unabänderlich Bestimmtes, also nicht etwas völlig Abgeschlossenes, und eben deshalb ohne Zweifel kein Verstoß gegen die gedachten Bestimmungen der Rechtsordnung darin gefunden werden, daß der vorige Richter aus denselben Gründen, aus welchen man Erbschaften und Schenkungen, als anerfallene Güter, von der ehelichen Errungenschaft ausgeschlossen hat, auch die dem einen Ehegatten, an Stelle der künftigen Beerbung übertragenen Güter, für angefallene und nicht für gewonnene Güter im Sinne des Statutarrechts erachtet hat. Nun ist aber der rationelle Grund der Ausschließung der angefallenen Güter von dem gemeinsamen Eheerwerb keineswegs, wie Imploranten sich darzulegen bemühen, in der Form der Uebereignung, namentlich nicht ausschließlich darin zu finden, daß solche durch eine letztwillige Verordnung und nicht etwa durch einen Vertrag, namentlich einen lästigen Vertrag, erfolge. Auch kommt es hierbei nicht darauf an,

daß der Rechtstitel zu der erst während der Ehe wirklich statt gehabten Erwerbung bereits vor der Ehe vorhanden gewesen sei, ein Fall, der gar nicht hierher gehört, da alsdann das erworbene Gut als Illatum anzusehen ist. Schlüter a. a. O. §. 118. Der Grund ist vielmehr, mit dem vorigen Richter, in dem individuellen persönlichen Verhältnisse des zur Erbschaft berufenen Ehegatten zu seinem Erblasser, in der bei einer reinen Schenkung vorauszusetzenden persönlichen Zuneigung des Geschenkgebers zu dem beschenkten Ehegatten und in beiden Fällen in der aus diesem rein persönlichen Verhältniß von selbst fließenden Vermuthung zu finden, daß nach dem Willen des vorigen Eigenthümers und beziehungsweise der Contrahenten, das Gut nicht der Ehe, sondern dem betreffenden Ehegatten, dem solches übereignet worden, habe zugewendet werden sollen, daß namentlich ein Familiengut, im Fall der unbeerbten Ehe, nach §. 4. Tit. VIII. der Rechtsordnung, nicht freundtheilig werden, d. h. nicht unter den Erben beider Ehegatten zur Theilung kommen, sondern dem Ehegatten, woher es stammt, und seiner Familie verbleiben solle. Die Imploranten beziehen sich für ihre Ansicht mit Unrecht auf Voet commentarius ad Pand., der unter Bezugnahme auf die ausführliche Abhandlung des Abraham a Wesel de connubiali bonorum societate über denselben Gegenstand, Lib. XXIII. Tit. 4. Nr. 43., sich vielmehr mit der Ansicht des vorigen Richters übereinstimmend dahin äußert, nachdem er vorab die Nähe des Bluts als die natürliche Ursache der testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge, der Legate und der Schenkung bezeichnet hat:

> cum hoc vero ipsum sanguinis et affectionis inde ortae vinculum naturae ipsius ac nativitatis beneficium habeatur; consequens est, ut, quae inde uni coniugi quae-

sita sunt, ejus solius propria maneant, tanquam obvenientia ex causa tali, quae acquirenti connata, et proinde matrimonio longe antiquior est.

Nun kann es aber nicht zweifelhaft sein, daß dieselben Gründe, welche sich für die Ausschließung der ererbten Güter von der ehelichen Errungenschaft, als die wahre ratio legis betrachten lassen, in demselben Maaße bei der in Rede stehenden Gutsübertragung von den Eltern an ihren Sohn, unter Feststellung der dagegen auszukehrenden Abfindung und Kindesquote an die Geschwister, zutreffen.

Es mag endlich noch angeführt werden, daß bei der Berathung des Entwurfs des Recklinghauser Particularrechts bereits von den ständischen Deputirten vorgeschlagen worden war, den betreffenden §. 136. dahin zu fassen:

Anerfallene Güter (delata) sind solche, welche während der Ehe einem Ehegatten durch gesetzliche Erbfolge, aus einer letzwilligen Disposition, oder einem Erbvertrage oder einer Erbtheilung, oder aus einer von Ascendenten, während ihres Lebens geschehenen Gutsübertragung, oder durch eine bloß auf Freigebigkeit beruhende Schenkung, von Anverwandten oder von Fremden zufallen.

Revidirter Entwurf der Particularrechte der Standesherrschaften in Westphalen de 1837 I. S. 40.

Dieser Vorschlag muß wenigstens dazu beitragen, die vom vorigen Richter vertheidigte Ansicht als eine folgerichtige Fortbildung dieses statutarischen ehelichen Güterrechts darzustellen.

Hiernach erledigt sich der ganze Angriff zu I. der Beschwerde.

Die Erörterung der weiteren Beschwerde darf, als hier nicht interessirend, übergangen werden.

№ 30.

Minden-Ravensberg. Bäuerliche Erbfolge.

Welche Besitz- und Nutzungsrechte behält, bei bestandener Minden-Ravensbergscher Gütergemeinschaft, der zur anderen Ehe schreitende überlebende Ehegatte an dem Bauergute, nachdem er sich zufolge §. 16. des Gesetzes vom 13. Juli 1836 *mit seinen Kindern* auseinandergesetzt hat?

Gesetz über die bäuerliche Erbfolge in der Provinz Westphalen vom 13. Juli 1836 (Gesetz-Sammlung S. 209.) §§. 5. 11—16.

Die Eheleute M. lebten in der Minden-Ravensbergschen Gütergemeinschaft. Ihr vormals eigenbehöriges Colonat war bereits am 27. Juni 1836 durch Ablösung des Obereigenthums vom Heimfall befreit. Als daher der M. im Jahre 1837 gestorben war und die Wittwe zur anderen Ehe schreiten wollte, war man bei der gerichtlichen Auseinandersetzung mit ihren beiden Kindern darüber einverstanden, daß diese nach dem Gesetz vom 13. Juli 1836 über die bäuerliche Erbfolge erfolgen müsse. Weil aber nach dem Inventar mehr Schulden als Vermögen vorhanden waren, so konnte den Kindern, wie es dort hieß, kein Brautschatz verschrieben werden. Dagegen wurde der ältesten Tochter das Anerbenrecht zur Stätte zugesichert und die Wittwe bewilligte die Eintragung des Anerbenrechts ins Hypothekenbuch. Die Anerbin hatte sich verheirathet und der Besitztitel des Colonats war auf ihren und ihres Ehemannes Namen umgeschrieben worden. Sie wurde am 19. März

1855 großjährig. Ihre Mutter und deren zweiter Ehemann waren indessen in dem alleinigen Natural-Besitz der Stätte und deren Benutzung verblieben. Der Ehemann der Anerbin, welcher mit dieser in Gütergemeinschaft lebt, hielt sie hierzu für nicht berechtigt, weil, abgesehen von dem §. 8. des Gesetzes vom 13. Juli 1836 und der darin dem Anerben beigelegten Befugniß, das überschuldete Bauergut unter den dort angegebenen Bedingungen zu übernehmen, die Mutter der Anerbin nach §. 16. jenes Gesetzes das Besitz- und Nutzungsrecht des Gutes nur in dem Umfange, wie ihr solches nach dem bisherigen Provinzialrechte eingeräumt werde, mithin nur an ihrer Hälfte, an der anderen Hälfte der Kinder aber höchstens bis zu deren Großjährigkeit, behalten habe, während das Eigenthum des ganzen Bauerguts sofort auf die Anerbin übergegangen sei. Vorbehaltlich weiterer Rechte der Anerbin stellte er daher seinen Klageantrag gegen die Mutter und deren Ehemann dahin:

die Verklagten zu verurtheilen, ihm den Mitbesitz und die Mitbenutzung der Stätte nebst Zubehör und überhaupt des bei der Auseinandersetzung vom 29. November 1838 vorhandenen Vermögens zum vierten Theil, einzuräumen.

Die Verklagten bestritten diesen Anspruch, weil der Anerbin Mutter, als der rechten Wehrfesterin, der Besitz und die Nutzung des ganzen Guts lebenslänglich zustehe. Der §. 16. a. a. O. habe den überlebenden Ehegatten bei seiner Wiederverheirathung dieselben Rechte genießen lassen wollen, die er bisher gehabt habe. Nach dem bisherigen Provinzialrecht habe er, bei der Insufficienz des Gemeinguts, das Gut mit allem Vermögen gegen Uebernahme der Schulden als Alleineigenthum übernehmen können, nach dem Gesetz vom 13. Juli 1836 also das Nutzungsrecht, ohne die Proprietät, behalten. Bei der Zulänglichkeit des Vermögens

habe er ferner nach dem Provinzialrecht das Gut übernehmen können, gegen Zahlung der Abdicate; nie sei er verpflichtet gewesen, das Vermögen selbst pro rata zum Mitbesitz einzuräumen. Noch unzweifelhafter stelle sich die Sache, wenn man unter den „bisherigen" Provinzial- und Statutarrechten im §. 16. a. a. O. nicht die provinizelle Gütergemeinschaft, sondern die vor 1806 bestandenen bäuerlichen Erbfolgegesetze, verstehe.

Das Kreisgericht zu Halle erkannte am 31. Januar 1856 die Verklagten schuldig: dem Kläger den Mitbesitz und die Mitbenutzung der Stätte nebst Zubehör und des dazu gehörigen Vermögens, zum vierten Theile einzuräumen, wies den Kläger hingegen mit dem Antrage auf Einräumung des Mitbesitzes an dem sonst noch bei der Auseinandersetzung vorhanden gewesenen Vermögen ab; indem es für diesen letzteren Vermögenstheil die Grundsätze der provinziellen Gütergemeinschaft, wonach nur auf Zahlung des Abdicats geklagt werden könnte, zwar für anwendbar erachtete, in Betreff der Stätte nebst Zubehör aber der Ansicht des Klägers über die rechtliche Wirkung des §. 16. a. a. O. beipflichtete.

Das Appellations-Gericht zu Paderborn bestätigte unter dem 16. Mai 1856, auf die Appellation der Verklagten, dieses Urtel, und die hiergegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde wurde am 27. October 1856 von dem ersten Senate des Ober-Tribunals zurückgewiesen.

Gründe.

Die Entscheidung des Appellations-Richters hat ihre Begründung so wenig aus dem Inhalte der Auseinandersetzungs-Urkunde vom 29. November 1838, als aus dem §. 8. des Gesetzes vom 13. Juli 1836 in Betreff des Falles, wo die Schulden das Vermögen übersteigen, vielmehr

aus den §§. 12—16. dieses Gesetzes entnommen, und die Nichtigkeits-Beschwerde ist ebenfalls nur auf die Behauptung gegründet worden: der Appellationsrichter habe den §. 16. jenes Gesetzes, sowie den Rechtsgrundsatz verletzt:

daß dem überlebenden Ehegatten bei der Minden-Ravensberger Gütergemeinschaft, in Concurrenz mit den Kindern, die ideelle Hälfte des Gesammtvermögens, nicht aber die Hälfte an jedem einzelnen Vermögensstücke, namentlich auch nicht an der Stätte als besonderes Eigenthum gehöre, und daß derselbe, wenn er schichte, das Recht habe, das gesammte bewegliche und unbewegliche Vermögen als Alleineigenthum zu übernehmen und die Kinder nach dem Taxwerthe abzufinden; daß hiernach dem überlebenden Ehegatten bei der Wiederverheirathung im Falle des §. 16. des Gesetzes vom 13. Juli 1836 zwar das Eigenthum an der ganzen Stätte entgehe, aber der Nießbrauch ungetheilt bleibe.

Es kommt also bei Beurtheilung der Nichtigkeits-Beschwerde nur darauf an, ob eine Verletzung des §. 16. a. a. O. oder des aufgestellten Rechtsgrundsatzes vorliege? Diese Frage ist jedoch zu verneinen, und jener Rechtsgrundsatz als geltend nicht anzuerkennen.

Das Gesetz vom 13. Juli 1836 bestimmte im §. 5.:

daß, in Ermangelung abweichender Dispositionen der Erblasser, bei Erbtheilungen das Bauergut nur Einem der Erben zugetheilt und die Theilung des ganzen Nachlasses auf die Weise bewirkt werden solle, daß dieser Anerbe die eine Hälfte des reinen Werthes (§. 7.) des Gutes zum Voraus erhält, und die andere Hälfte dieses Werthes, so wie das sonstige freie, zum Gute nicht gehörige Vermögen des Erblassers unter sämmtliche Erben einschließlich des Anerben zur Theilung kommen.

Im §. 11. wurde das diesem Gesetze unterliegende Bauergut genauer bezeichnet, und im §. 12. für den Fall, daß ein Ehegatte stirbt, welcher alleiniger Eigenthümer des Bauergutes war, dem überlebenden Ehegatten der Nießbrauch an dem Bauergute und zwar bei der Concurrenz mit Kindern bis zur Großjährigkeit des Anerben auch dann zugesprochen, wenn er sich vor Eintritt dieser Großjährigkeit wieder verheirathet. Wo aber ein Bauergut mit zu einer ehelichen Gütergemeinschaft gehört, bleibt es nach §. 13. den Eheleuten überlassen, diese Gemeinschaft rücksichtlich der Erbfolge überhaupt, oder auch in Beziehung auf das Bauergut durch Vertrag auszuschließen, und dadurch das Bauergut dem gegenwärtigen Gesetze zu unterwerfen. Auch wenn die Eheleute von dieser im §. 13. gedachten Befugniß keinen Gebrauch gemacht haben, kommen nach §. 14. die Vorschriften dieses Gesetzes, jedoch mit den in den §§. 15. 16. 17. enthaltenen Maaßgaben zur Anwendung. Nach §. 15. können die Eheleute während der Ehe über die Erbfolge in das Bauergut und über die Wahl des Anerben nur gemeinschaftlich bestimmen.

Stirbt einer der Ehegatten, sagt sodann §. 16. wörtlich, ohne daß eine solche gemeinschaftliche Bestimmung erfolgt ist, mit Hinterlassung von Kindern, so hat der überlebende Ehegatte, so lange er sich nicht wieder verheirathet, die Befugniß, den Anerben unter den Kindern für das ganze Gut zu bestimmen. Macht aber der überlebende Ehegatte, namentlich durch seine Wiederverheirathung, eine Auseinandersetzung mit den Kindern nöthig, so behält er zwar das Besitz- und Nutzungsrecht des Gutes in dem Umfange, wie ihm solches von den bisherigen Provinzial- oder Statutarrechten beigelegt wird; das Eigenthum des ganzen Bauergutes aber geht sofort auf den,

unter den Kindern der aufgelöseten Ehe nach §. 9. und zwar unter den zur Zeit der Auseinandersetzung vorwaltenden Umständen, zu bestimmenden Anerben über.
Zuvörderst kann es nun keinem Bedenken unterliegen, daß hier unter den „bisherigen Provinzial- oder Statutarrechten" nicht die, bloß bei den heimfallspflichtigen Gütern damals noch geltenden, älteren bäuerlichen Successionsrechte, sondern die in Betreff der Gütergemeinschaft geltenden Grundsätze zu verstehen sind, da letztere Grundsätze damals auch bei den, dem Heimfall nicht unterworfenen Bauergütern, wofür gerade das Gesetz gegeben wurde, galten, mithin nur als bisherige Provinzial- oder Statutarrechte bezeichnet werden konnten, und zudem auch im §. 17. ausdrücklich von dem: „vermöge der Gütergemeinschaft" nach den bisherigen Provinzial- oder Statutarrechten dem überlebenden Ehegatten zustehenden Antheile die Rede ist. Der Appellations-Richter, welcher von derselben Ansicht ausgeht, hat also hierdurch den §. 16. a. a. O. nicht verletzt.

Wenn er aber ferner aus den gedachten Bestimmungen in ihrem Zusammenhange folgert, daß, nach dem zweiten Abschnitte des §. 16., der überlebende Ehegatte an der Quote, die er nach dem früheren Rechte zum Eigenthume erhalten haben würde, das im Eigenthume enthaltene mindere Recht des Nießbrauchs, an der übrigen Quote nach §. 12. und §. 14. nur bis zur Großjährigkeit des Anerben die Nutznießung behalte und daß hiernach der Anspruch des Klägers in Ansehung der Stätte — nämlich auf den Mitbesitz und die Mitbenutzung derselben zu einem Viertel — vollständig gerechtfertigt sei, so entspricht dies vollkommen dem Sinne des §. 16. Denn wenn es auch im Allgemeinen richtig ist, was auch der vorige Richter keinesweges verkannt hat, daß der Mutter wie den Kindern,

bei der Schichtung die ideelle Hälfte des Gesammtvermögens, nicht aber die Hälfte an jedem einzelnen Vermögenstücke zusteht, so hat doch gerade das Gesetz vom 13. Juli 1836 durch die oben angeführten Gesetze eine besondere Succession in das Bauergut, im Gegensatze zu den übrigen Bestandtheilen des gütergemeinschaftlichen Vermögens ausdrücklich angeordnet, und dem überlebenden Ehegatten im Falle des Abschnitt 2. des §. 16. geradezu nur das Besitz- und Nutzungsrecht des Gutes in dem Umfange belassen, wie ihm solches von den bisherigen Provinzial- oder Statutarrechten beigelegt wurde, d. h. was vielleicht der richtigere Ausdruck gewesen wäre, in dem Umfange, wie ihm solches von den gedachten Rechten an dem Gesammtvermögen beigelegt wurde. Sein ideeller Antheil zur Hälfte am Gesammtgut verwandelte sich also, in Folge dieser singulairen Vorschrift, in Ansehung des Bauergutes in ein bloßes Besitz- und Nutzungsrecht des Gutes in demselben Umfange, also zur Hälfte, während das Eigenthum des ganzen Gutes sofort auf den Anerben überging. An der anderen Hälfte des Gutes, wie des Gesammtvermögens überhaupt, könnte die schichtende Wittwe, vermöge der Gütergemeinschaft, selbst wenn man ihr — was streitig ist — ein Nutzungsrecht pro onere alendi bis zur Großjährigkeit beilegen wollte, doch immer nur ein Besitz- und Nutzungsrecht bis zur Großjährigkeit der Anerbin in Anspruch nehmen, ein Anspruch, der ihr bereits zugestanden und durch einen Schluß a potiori vom vorigen Richter aus dem §. 12. a. a. O. hergeleitet worden ist. Da ihr ein weiteres und dauerndes Besitz- und Nutzungsrecht eben so wenig an der den Kindern zustehenden Hälfte des Gesammtvermögens zusteht, so ist gar nicht abzusehen, wie sie nach den Grundsätzen der Gütergemeinschaft ein

solches Besitz- und Nutzungsrecht an der zweiten Hälfte des, einen Bestandtheil dieses Gesammtvermögens bildenden Bauerguts mit Grund beanspruchen könnte.

In gleicher Art hat auch der vorige Richter das Recht des schichtenden überlebenden Ehegatten, das gesammte Vermögen, statt der Naturaltheilung, für den Taxwerth zu übernehmen und die Kinder mit der Hälfte dieses Taxwerths abzufinden, keinesweges verkannt, vielmehr im Allgemeinen anerkannt. Allein, selbst abgesehen davon, daß in dieser Erwerbungsbefugniß für die Taxe noch keinesweges ein bereits bestehendes alleiniges Eigenthum des überlebenden Ehegatten an dem ganzen gütergemeinschaftlichen Vermögen, wie Imploranten meinen, zu finden ist, ein solches Eigenthum, beziehungsweise das darin enthaltene Besitz- und Nutzungsrecht an der den Kindern zustehenden Vermögenshälfte, vielmehr erst durch die Ausübung jener Befugniß zu erwerben wäre, und daher, ohne den Nachweis eines solchen Erwerbes, aus jener bloßen Befugniß an und für sich noch gar kein Besitz- und Nutzungsrecht des überlebenden Ehegatten an dieser Vermögenshälfte zu folgern wäre; so ist auch vom vorigen Richter mit Recht angenommen worden, daß diese Befugniß des überlebenden Ehegatten, die Kinder für ihren Antheil mit Geld abzufinden, wiederum in Beziehung auf das Bauergut durch die besonderen Bestimmungen des Gesetzes vom 13. Juli 1836 aufgehoben und außer Kraft gesetzt worden sei. Denn da ausdrücklich vorgeschrieben worden ist, daß das Eigenthum des ganzen Bauerguts sofort auf den Anerben übergehen soll, so ist damit eine Annahme desselben Gutes mit den übrigen Bestandtheilen des Gesammtvermögens für den Taxwerth, Seitens des überlebenden Ehegatten, unvereinbar. Für den Erwerb des bloßen Besitz- und Nutzungsrechts an

der Vermögens- resp. Gutshälfte der Kinder fehlt es **aber**, wenn der überlebende Ehegatte hierauf etwa nach **§. 16.** a. a. O. Anspruch machen sollte, an jedem in den **Provinzial-** oder Statutarrechten zu begründenden Anhalt.

Der Plenarbeschluß vom 27. Juni 1845 (Entsch. Bd. 11. S. 100.) endlich, auf den die Imploranten Bezug nehmen, ist für die gegenwärtige Entscheidung ohne alle Bedeutung, weil es sich dort nur um das Verfügungsrecht des überlebenden Ehegatten vor der Auseinandersetzung und Wiederverheirathung handelte.

Auch kann daraus, daß im §. 18. des gedachten Gesetzes von dem, dem überlebenden Ehegatten zustehenden Nießbrauche des Gutes mit allgemeiner Bezugnahme auf die §§. 12—17. die Rede ist, nicht das Nießbrauchsrecht am ganzen Gute im Falle des §. 16. zweiten Abschnitts hergeleitet werden, indem solches dem überlebenden Ehegatten nach dieser positiven Vorschrift selbst offenbar nicht zusteht und nicht hat eingeräumt werden sollen.

№ 31.

Lübisches Recht. Statutarische Erbportion der Ehefrau.

Kann der Ehemann die statutarische Erbportion, welche der Ehefrau im Falle einer kinderlosen Ehe gebührt, durch letztwillige Verfügung ermäßigen?

Lübisches Recht Buch 2. Tit. 2. Art. 12.

Der Schiffskapitain Wilhelm G. lebte in zweiter Ehe mit Johanna P. Diese Ehe blieb kinderlos, und in seinem

am 30. April 1844 zu Danzig errichteten Testamente setzte er seine sechs Kinder erster Ehe zu seinen Erben ein und verordnete daneben:

daß seine Ehefrau nur den vierten Theil seines Vermögens erhalten, die übrigen drei Viertheile desselben dagegen seinen vorgedachten Kindern unverkürzt zufallen sollten.

Er starb zu Rügenwalde am 18. April 1855. Seine Wittwe erklärte, nach dem dort geltenden lübischen Recht erben zu wollen. Sie verlangte demzufolge neben der Rückgabe ihres Eingebrachten die Hälfte vom Nachlasse des Ehemannes unter der Behauptung: daß ihr solche nach Buch 2. Tit. 2. Art. 12. des lübischen Rechts als eine statutarische Portion zustehe, und dieselbe vom Ehemanne durch Testament nicht habe geschmälert werden können.

Die verklagten sechs Geschwister G. wendeten ein: als Pflichttheil könne die Klägerin nach lübischem Recht nicht mehr, als acht Schillinge vier Pfenninge fordern. Dem von ihr allegirten Art. 12. zufolge, würde sie nur bei eintretender Intestat-Erbfolge den halben Nachlaß beanspruchen können. Hier aber, wo ein Testament vorhanden, müsse sie damit zufrieden sein, daß ihr schon Kindestheil und mehr beschieden worden; und könne sie dessen ungeachtet auf einen Pflichttheil Anspruch machen, so betrage ein solcher, selbst nach dem Allg. Landrecht, nicht mehr als ein Viertheil des ganzen Nachlasses, so viel ihr im Testamente auch wirklich ausgesetzt worden. Sie verlangten deshalb die Abweisung der Klägerin mit dem Mehrgeforderten.

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse der Kreisgerichts-Deputation zu Rügenwalde und des Appellations-Gerichts zu Cöslin, vom 6. December 1855 und 22. April 1856, wurden die Verklagten verurtheilt: die klagende Wittwe

nicht bloß zu einem Viertheil, sondern zur Hälfte als **Miterbin** des G.'schen Nachlasses anzuerkennen.

Die Verklagten erhoben gegen das Appellations-Urtel noch die Nichtigkeits-Beschwerde; diese ist jedoch durch das Urtel des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 12. December 1856 als unbegründet zurückgewiesen worden.

G r ü n d e.

Die Klägerin, welche an Stelle des ihr im Testamente ihres verstorbenen Ehemannes vom 30. April 1844 ausgesetzten Viertheils die Hälfte von dessen Nachlasse beansprucht, hat sich auf den Art. 12. Buch 2. Tit. 2. des in Rügenwalde geltenden lübischen Rechts gestützt, welcher also lautet:

> Stirbt einem Manne sein Weib und haben sie keine Kinder mit einander, der Mann soll der Frauen nächsten Erben wiedergeben den halben Theil Gutes, welches er mit ihr bekommen.
>
> Gleichergestalt stirbet der Mann, welcher mit seiner Frau keine Kinder erzeuget, die Frau nimmt zuvor ihr zu dem Manne gebracht Gut, sofern es vorhanden ist; da noch etwas von dem Gute drüber, das soll sie zugleich theilen mit des Mannes Erben.

Der Art. 12. besagt nun nicht: ob der überlebenden Ehefrau, neben der Rückgabe des Eingebrachten, die Hälfte vom Vermögen des Ehemannes unbedingt — oder ob sie ihr nur bei eintretender Intestat-Erbfolge gebührt, und ihre statutarische Portion also durch eine letztwillige Verfügung des Ehemannes v e r r i n g e r t werden kann? Der Appellations-Richter hat den Art. 12. für zweifelhaft befunden; analoge Stellen des lübischen Rechts haben ihm keine Aufklärung gewährt; die Rechtslehrer stehen (wie S t e i n in seiner Abhandlung vom lübischen Recht Thl. II §. 135. berichtet) über Auslegung des Art. 12. in directem Wider-

spruch, und der Appellations-Richter hat durch alles dieses sich veranlaßt gesehen, die §§. 497 ff. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. anzuwenden, und anzunehmen: daß in einem Falle, wo keine Enterbungs-, insbesondere keine Ehescheidungs-Gründe vorgewaltet haben, der statutarische Erbtheil des Ehegatten demselben nicht geschmälert oder entzogen werden könne.

Die Imploranten behaupten nun zuvörderst, daß Art. 12. selbst schon eine Befugniß des Ehemannes enthalte, das Erbtheil der Ehefrau durch ein Testament zu beschränken. Aus dessen Wortfassung ist dies jedoch nicht zu rechtfertigen; vielmehr ist bei kinderlosen Ehen, sowohl wenn der Ehemann, als wenn die Ehefrau der zuerst verstorbene Theil ist, das halbe Gut ohne weitere Modification als Erbtheil des Ueberlebenden bezeichnet, und darunter ist die Hälfte des Nachlasses nach Abzug der Schulden zu verstehen.

(Mevius, Commentar zum lübischen Recht nota 290. zu Art. 12.)

Ebensowenig ist die Behauptung der Imploranten durch andere Stellen des lübischen Rechts zu rechtfertigen, welche sich über den Pflichttheil aussprechen. Im Buche 1. Tit. 9. „von geschenkten Gaben" kommt im Art. 2. die Bestimmung vor:

Wer da will sein wohlgewonnen Gut vergeben, der muß zuvor seinen nächsten Erben geben acht Schilling vier Pfennige.

Es ist dort aber nur von Schenkungen und von Notherben die Rede, mithin von einem Gegenstande, welcher ganz außer dem Kreise der Rechte der Ehefrauen liegt. Näher der jetzigen Streitfrage stehen die Bestimmungen im Buch 2. Tit. 1. „von den letzten Willen und milden Gaben (Legaten)." Es heißt dort im Art. 3.:

Ordnet Jemand sein Testament und giebt seiner Frau ihr bescheiden Theil oder auch seinen Kindern, bleibet dann die Frau mit den Kindern in Gedeih und Verderb besitzen rc.

Im Art. 6. ist das Erbrecht der posthumi anerkannt, und es heißt dann weiter:

Gebe er auch der Kinder Mutter in dem Testament ein Kindestheil, so soll man theilen alles das Gut nach Hauptzahl. Würde er aber sie, die Mutter, mit bescheidenem Gute abtheilen von den Kindern, so soll sie behalten, was er ihr gegeben hat und soll von den Kindern also abgetheilet sein.

Der Art. 8. fährt fort:

Machet Jemand ein Testament ..... und er hat zuvor eine Ehefrau gehabt, davon noch Kinder leben, nimmt er dann ein ander Weib und zeuget mit derselben auch Kinder, was er alsdann seinen zuvore abgesonderten Kindern in seinem Testament dazu giebet, es sei auch wieviel oder wenig es wolle, daran müssen sie sich begnügen lassen. Und giebt er alsdann ferner sein Gut seiner nachgelassenen Wittfrauen und ihren Kindern, wofern er ihr, der Frauen, nicht dabei ein Vortheil macht von acht Schilling vier Pfennigen vor den Kindern, mit welchen ihr das Gut gegeben ist, so nimmt sie alsdann das halbe Gut.

Der Art. 10. beschränkt testamenti factionem der Frau durch den Consens des Mannes, und schließt dann mit den Worten:

Also mag auch der Mann vor sich ein besonder Testament machen und seiner Ehefrau, was er ihr gönnet, geben und legiren.

Alles dieses aber paßt — wie der Appellations-Richter mit

Recht bemerkt — nur auf beerbte Ehen. Bei Ehen dieser Art kann der Ehemann die Frau durch ein Testament beschränken und die Frau muß sich dieser Beschränkung unterwerfen. Wenn sie auf Kindestheil gesetzt werden kann, so läßt sich dieses aus dem Bande erklären, welches das Interesse der Mutter und ihrer eigenen Kinder mit einander vereinigt. Rücksichten dieser und ähnlicher Art kommen aber bei einer unbeerbten Ehe nicht vor. Es mag die Wittwe im Fall unbeerbter Ehe hinsichts des Vermögens durch den Art. 12. besser gestellt sein, als sie es im Falle einer beerbten Ehe ist. Es ist dies aber wirklich der Fall. Der Art. 12. verfügt über diesen Gegenstand isolirt und eben so selbstständig, als der Art. 9. über das Erbrecht unehelicher Kinder disponirt hat und das lübische Recht an anderen Stellen weder dessen Motive, noch Modificationen irgend einer Art erkennen läßt. (Entscheid. des Ober-Tribunals Bd. 30. S. 179.)

Die Rechtslehrer sind in der Deutung des Art. 12. sehr verschiedener Ansicht. Mevius ist in den Noten 61., 71—82. zum Art. 8. Buch 2. Tit. 1. und in nota 359. zum Art. 12. Buch 2. Tit. 2. der Meinung, daß Art. 12. nur bei der Intestat-Erbfolge gelte, und daß er die Befugniß des Ehemannes, durch Testament ein Anderes anzuordnen, nicht ausschließe. Er hat darüber selbst Präjudicate angeführt. Seine Ansicht ist (Stein's Abhandlung Thl. II. §§. 135. 145.) von Cothmann, Gerdes und Steurnagel getheilt. Auch Pauli in seiner Schrift „über eheliches Erbrecht nach lübischem Rechte §§. 20. 21." pflichtet ihm bei. Als nothwendig betrachtet er nur die Rückgabe des Brautschatzes, und er allegirt einen Fall, in welchem dem Ehemanne die Gewährung eines Mehreren selbst verboten ist, nämlich den (hier freilich nicht vorliegenden)

Fall, wenn die Frau von auswärts, vom Lande in die Stadt geheirathet hat, als Wittwe die Stadt wiederum verläßt und Nichts vom Ehemanne mitnehmen darf.

Stein dagegen in §§. 120., 123., 125., 134. Thl. 2. seiner Abhandlung hält es für unbedenklich: daß die **Hälfte** das mit dem Namen „bescheiden" belegte Gut sei, welches einseitig vom Ehemanne gar nicht oder nur aus gesetzlichen Gründen geschmälert werden könne, insbesondere (§§. 146. 147.) wenn die Ehe geschieden und die Frau der schuldige Theil gewesen, oder wenn das Testament von ihr anerkannt oder wenn die Disposition durch Ehepact vorbehalten ist. Er hat sich selbst (§§. 137., 138.) über die Motive des Art. 12. verbreitet. „Der Ehemann", sagt er, „würde bei einseitiger Dispositionsfähigkeit die Gesetze nach Belieben eludiren können; die Rechte der Eheleute müßten reciproke sein, der Frau sei aber vom Gesetze die letztwillige Verfügung ohne Zustimmung des Ehemannes untersagt. Auch nach dem jure communi dürfe das Theil Gutes, welches Jemandem nach den Gesetzen oder nach der Gewohnheit gebührt, nicht privata auctoritate vermindert oder gar benommen werden; und endlich sei in Rechten nirgends zu finden, daß von der portio statularia der Mann im Testamente frei disponiren könne."

Käme es darauf an, der Ansicht von Mevius oder der Ansicht von Stein den Vorzug zu geben, so würde im vorliegenden Fall der ersteren schwerlich (wie Imploranten es wollen) der Vorzug zu geben sein, in einem Falle, wo es sich um ein rein deutsches Rechtsinstitut handelt, welches Mevius öfter und irrthümlich aus dem römischen Recht zu erklären versucht. Nach Art. 7. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 hat aber der Appellations-Richter mit Recht von den — hier überdem abweichenden — An-

sichten der Rechtslehrer abstrahirt. Er hat den Text des lübischen Rechts allein in Betracht gestellt, welches nach der Anmerkung zu §. 237. Tit. 1. Thl. I. des Entwurfs des allgemeinen Gesetzbuchs für den Preußischen Staat, in der landrechtlichen Lehre von der Gütergemeinschaft vorzugsweise zur Richtschnur gedient hat und den Grundsätzen der §§. 537., 538. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. schuldige Folge geleistet, wonach

die Vorschriften der Provinzial- und statutarischen Gesetze genau nach den Worten und ohne ausdehnende Erklärungen anzuwenden, — dunkle Vorschriften derselben aber nach den Grundsätzen des Allgemeinen Landrechts zu erklären sind.

Er hat sich der Entscheidung darüber enthalten: ob das in Art. 12. enthaltene halbe Gut schon an sich der Pflichttheil und als solcher der Beschränkung durch ein Testament des Ehemannes nicht unterworfen sei. Er betrachtet solches nur als zweifelhaft; und dies ist das günstigste, was er nach den Worten des Art. 12. annehmen konnte, indem von der Möglichkeit und den Gründen einer Ermäßigung dort gar nichts vorkömmt, und indem es im Fall einer möglichen Ermäßigung ganz an einem Maaßstabe fehlt, wie weit sie sich, ob auf 8 Schilling 4 Pfennige, auf Kindestheil, hier ein Siebentel, oder auf wie weit sonst erstrecken könnte? Er hat demnach auch mit Recht die Interpretations-Regeln zur Anwendung gebracht, welche im Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. für Fälle vorgeschrieben sind, wo die Erbfolge durch Provinzial-Gesetze oder Statute geregelt ist. Diese lauten dahin:

§. 497. In zweifelhaften Fällen gilt die Vermuthung, daß der dem überlebenden Ehegatten durch solche Gesetze bestimmte Erbtheil demselben durch Te-

stamente nicht geschmälert oder gar genommen werden könne.

§. 498. Wenn also dem überlebenden Ehegatten in dem Testamente des Erstverstorbenen weniger, als sein statutarischer Erbtheil beträgt, ausgesetzt worden, so kann derselbe die Ergänzung des Fehlenden aus dem übrigen Nachlasse fordern.

§. 499. Nur in so fern, als der überlebende Ehegatte sich solche Handlungen, die eine Scheidung begründen würden, hat zu Schulden kommen lassen, kann ihm sein statutarisches Erbtheil durch letztwillige Verfügungen geschmälert oder genommen werden.

Den Redactoren des Allgemeinen Landrechts ist es nicht entgangen, daß in den älteren Provinzialrechten mannigfache zweifelhafte Bestimmungen vorkommen, und eben diese Ansicht hat auch die Nothwendigkeit herbeigeführt, Regeln zur Interpretation solcher Bestimmungen, und insbesondere hinsichts der Erbtheile der Ehegatten, zu treffen. Dies ist in den allegirten §§. 497 ff. geschehen. Zu diesen zweifelhaften Bestimmungen ist aber auch die des Art. 12. zu zählen und der §. 497. deshalb, und zwar um so mehr darauf anzuwenden, als dem Richter im §. 537. jede ausdehnende Erklärung des Provinzial- oder Statuten-Rechts untersagt ist. Es stellt sich dies noch mehr dadurch heraus, daß die Bestimmungen des Entwurfs zum allgemeinen Gesetzbuch vom Jahre 1784 in §. 332. l. c. von denen des Allgemeinen Landrechts im vorgedachten §. 497. abweichen. Denn während im ersteren der Grundsatz aufgestellt war:

daß die durch Statuten oder Provinzialgesetze dem überlebenden Ehegatten ausgesetzte Portion durch Testamente verringert, vermindert oder gar genommen werden könne,

wenn nicht die Provinzial- oder statutarischen Gesetze ein Anderes ausdrücklich verordnet hätten,

hat die weitere Erwägung und Berathung (Klein's Auszug aus dem allgemeinen Gesetzbuch Thl. II. S. 30.) zu dem entgegengesetzten Grundsatze §. 497. des A. L. R. geführt.

Dieser Grundsatz des Allg. Landrechts ist also im vorliegenden Falle, wo Art. 12. mindestens zweifelhaft ist, und keine Enterbungs- oder Ehescheidungsgründe angegeben, oder auch nur allgemein behauptet worden, der entscheidende, und die Richtigkeit desselben hat sich auch bei der jüngsten Gesetzrevision noch bewährt, indem dessen Beibehaltung im Pensum XVI. S. 91. mit der Wortfassung beantragt ist:

Wenn die Statuten oder Provinzialgesetze nicht das Gegentheil bestimmen, so hat der überlebende Ehegatte in Hinsicht der statutarischen Erbportion alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Pflichttheils berechtigten,

wonach also das im Art. 12. gedachte Erbtheil der Wittwe geradezu als deren Pflichttheil und als unbedingt unverkürzbar zu betrachten sein würde, wenn nicht der Fall des §. 499. vorliegt.

Das Appellations-Urtel mußte nach allem Diesen für vollkommen gerechtfertigt erachtet und die Richtigkeits-Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen werden.

№ 32.

Vermögensauseinandersetzung des geschiedenen Ehegatten mit den Erben des andern Theiles.

Nach welchen Grundsätzen ist die Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den

Erben des, während des Ehescheidungsprocesses verstorbenen zu bewirken, wenn diese Erben den Proceß fortgesetzt haben und demnächst kein Theil für überwiegend schuldig erklärt worden ist?

A. L. R. Thl. II. Tit. 1. §§. 755 ff. §. 827 ff.

Die Gutsbesitzer C.'schen Eheleute lebten in der ostpreußischen Gütergemeinschaft; im Jahre 1852 klagte die Frau wegen angeblich ihr zugefügter lebensgefährlicher Mißhandlungen auf Scheidung und widerklagend stellte der Ehemann denselben Antrag auf Grund der böslichen Verlassung. Der erste Richter im Ehescheidungs-Processe hielt den §. 699. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. nicht für anwendbar und wies daher die Klägerin ab, trennte die Ehe aber in Folge der Widerklage und erklärte die Frau zugleich für den allein schuldigen Theil. Dies Erkenntniß ward am 10. Mai 1853 publicirt, bald darauf, und noch vor dessen, erst am 14. Juni desselben Jahres erfolgten Insinuation, starb die verehelichte C. kinderlos und mit Hinterlassung eines am 11. Januar 1853 errichteten Testaments, in welchem sie die Frau M. zu ihrer alleinigen Erbin eingesetzt, rücksichtlich ihres Ehemannes dagegen bestimmt hatte, daß er wegen der ihr zugefügten lebensgefährlichen Mißhandlungen enterbt, falls er jedoch das Testament nicht anerkennen würde, oder die Testaments-Erbin die Thätlichkeiten nicht beweisen könnte, auf den Pflichttheil gesetzt sein sollte. Gegen das Ehescheidungs-Erkenntniß appellirte die M. um deshalb, weil ihre Erblasserin für den allein schuldigen Theil erachtet worden und durch das Appellations-Urtel vom 20 Juli 1854, das die Rechtskraft beschritten hat, ist

denn auch festgesetzt, daß keiner der geschiedenen Ehegatten für den überwiegend schuldigen Theil zu erklären.

Gestützt auf die Behauptung, daß seine Ehefrau vor der Rechtskraft des Ehescheidungs-Erkenntnisses, also in stehender Ehe verstorben sei, und indem er bestritt, daß er derselben andere Thätlichkeiten, als welche schon im Ehescheidungs-Processe erörtert wären, zugefügt, hat der Gutsbesitzer C. nunmehr gegen deren Testamentserbin mit dem Antrage geklagt:

zu erkennen, daß das von seiner Ehefrau unterm 11. Januar 1853 errichtete Testament in Bezug auf ihn ungültig sei, demnächst aber die Verklagte zu verurtheilen, anzuerkennen, daß ihm von dem Nachlasse seiner Ehefrau

1) die Hälfte als sein Eigenthum,
2) von der zweiten Hälfte der sechste Theil als Pflichttheil,
3) das im Gebrauche der Eheleute befindlich gewesene Bett- und Tischzeug, sämmtliche Möbel, sowie das Hausgeräthe und die zu seinem persönlichen Gebrauche bestimmten Kleidungsstücke im Voraus, und
4) der Nießbrauch des ganzen gemeinschaftlichen Vermögens gebühre.

Die Verklagte stellte vorzugsweise in Abrede, daß hier die Regeln der Intestat-Erbfolge eintreten könnten, da sie die Ehescheidungsklage zum Zwecke der Auseinandersetzung fortgesetzt habe und deshalb die Theilung des Nachlasses nach den Grundsätzen erfolgen müsse, welche bei Trennung der Ehe durch richterlichen Ausspruch stattfinden.

Das Kreisgericht zu Sensburg hob in seinem Erkenntnisse vom 10. September 1855 das gedachte Testament der Frau C. insoweit auf, als es die Enterbung des Klägers ausspricht, erhielt dasselbe dagegen aufrecht, in soweit der

Kläger darin auf den Pflichttheil eingesetzt ist und wies den Kläger mit seinen weiter gehenden Anträgen ab. Ueber diese Abweisung beschwerte sich der Kläger und das Appellations-Gericht zu Insterburg erkannte am 19. Mai 1856 abändernd dahin:

daß dem Kläger von dem zwischen ihm und seiner verstorbenen Ehefrau gemeinschaftlich gewesenen Vermögen alles im Gebrauche beider Eheleute befindlich gewesene Bett- und Tischzeug, sämmtliche Möbel und Hausgeräthe, seine Kleidungsstücke, Betten und Leibwäsche und von dem Ueberreste dieses Vermögens die Hälfte als sein Eigenthum, so wie von der anderen Hälfte der sechste Theil als Pflichttheil und der lebenslängliche Nießbrauch des gemeinschaftlichen Vermögens zuzusprechen.

Das Appellations-Urtel hat wiederum die Verklagte im Wege der Nichtigkeits-Beschwerde angegriffen, und diese ist von dem ersten Senate des Ober-Tribunals am 5. Januar 1857 auch für begründet erachtet und nach Vernichtung des zweiten Erkenntnisses das erste bestätigt worden.

Gründe.

Der Appellations-Richter nimmt an: die Ehe der C.'schen Eheleute sei durch den Tod getrennt, meint aber, der erste Richter gehe von der entgegengesetzten Voraussetzung: daß nämlich die C.'schen Eheleute durch richterlichen Ausspruch geschieden wären, aus. Zur Widerlegung dieser, übrigens irrigen Unterstellung führt er aus: daß, wenn jene Ehe nicht durch den Tod, sondern durch richterlichen Ausspruch getrennt sei, der Kläger überhaupt kein Erbrecht auf den Nachlaß der Erblasserin der Verklagten habe, also auch keinen Anspruch auf einen Pflichttheil machen könne.

Im weiteren Fortgange seiner Entscheidungsgründe geht er sodann auf die Bestimmungen der §§. 829—833. Thl. II.

Tit. 1. des A. L. R. näher ein, und zeigt, daß sie nur Vorschriften für die Fälle enthielten:

a. wenn dem überlebenden Ehegatten ein Uebergewicht der Schuld beigemessen werde, — §§. 829—832. —

oder

b. wenn der verstorbene Ehegatte für den schuldigen Theil erachtet sei. §. 833.

Keine dieser Voraussetzungen treffe hier zu; durch das Appellations-Urtel im Vorprocesse, vom 20. Juli 1854, sei vielmehr rechtskräftig festgesetzt, daß keiner der geschiedenen Ehegatten für den überwiegend schuldigen Theil zu erklären. Hieran anknüpfend fährt das Urtheil sodann fort:

Eine Abänderung der Bestimmungen für die Auseinandersetzung bei Auflösung der Ehe durch den Tod, für den Fall, daß der Erbe eines Ehegatten vor rechtskräftiger Entscheidung die Scheidungsklage Behufs der Auseinandersetzung fortsetzt, und keiner der Ehegatten rechtskräftig für überwiegend schuldig erachtet worden, ist nicht ausgesprochen, woraus folgt, daß es in diesem Falle bei den allgemeinen Bestimmungen für die Auseinandersetzung bei Auflösung der Ehe durch den Tod verbleibt.

Gegen diesen wesentlichsten und Haupt-Entscheidungsgrund des vorigen Richters, der offenbar den Kern des ganzen Appellations-Urtels bildet, ist die zweite Beschwerde der Implorantin gerichtet, in welcher sie eine rechtsgrundsätzliche Verletzung der §§. 827. 829. 832. 833. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. rügt, und diese Beschwerde muß der Hauptsache nach, d. h. insofern für begründet angesehen werden, als judex a quo auf den vorliegenden Fall die allgemeinen Bestimmungen über die Auseinandersetzung der Ehegatten bei Auflösung der Ehe durch den Tod angewendet hat.

Allerdings ist die Ehefrau E. am 30. Mai 1853, d. h.

noch vor der erst am 14. Juni 1853 erfolgten Behändigung des, ihre Ehe trennenden ersten Erkenntnisses vom 10. Mai 1853 verstorben, und es möchte auf den ersten Anblick scheinen, als ob die Annahme des Appellations-Richters: die Ehe zwischen dem Kläger und der Erblasserin der Verklagten sei hiernach nicht durch richterlichen Ausspruch geschieden, sondern durch den Tod getrennt, lediglich eine thatsächliche sei, die auf der Prüfung factischer Verhältnisse beruhe, und mit dem Vorwurfe rechtsgrundsätzlicher Verstöße gegen die §§. 827 ff. nicht beseitigt werden könnte. Dem ist jedoch in der That nicht so. Denn es kommt nicht darauf an, zu entscheiden: wann die verehelichte C. gestorben und an welchem Tage das, deren Ehe trennende Erkenntniß rechtskräftig geworden? sondern es handelt sich allein darum, nach welchen Gesetzen die Auseinandersetzung der Parteien in Betreff des von den C.'schen Eheleuten besessenen gemeinschaftlichen Vermögens zu bewirken, namentlich: ob dabei diejenigen Vorschriften zum Grunde zu legen, welche maaßgebend sind, wenn die Ehe durch richterlichen Ausspruch geschieden ist, oder ob dabei nach den für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod gegebenen Grundsätzen zu verfahren? Insofern liegt wirklich eine Rechtsfrage vor, und wenn der Appellations-Richter dieselbe im Sinne der letzteren Alternative beantwortet, so hat er damit den wahren Sinn, den Zweck und die Wirkungen des §. 827. a. a. O. in der That verkannt; seine abändernde Entscheidung, die sich gerade hierauf wesentlich stützt, erscheint daher rechtsgrundsatzwidrig und unterliegt somit der Vernichtung.

Thatsächlich ist außer Zweifel, daß durch das erste im Ehescheidungs-Processe ergangene Erkenntniß vom 10. Mai 1853 die Ehe der C.'schen Eheleute getrennt, die Frau aber

für den allein schuldigen Theil erklärt worden ist. Nach dem Ableben der Letzteren hat deren Universalerbin gegen diese letztere Festsetzung appellirt und in Folge dessen ist abändernd dahin erkannt worden, daß keiner der geschiedenen Ehegatten für den überwiegend schuldigen Theil zu erklären. Das Appellations-Urtel vom 20. Juli 1854 hat die Rechtskraft beschritten. Darin mag man dem vorigen Richter beipflichten, daß ein solcher Fall in dem Gesetze ausdrücklich nicht vorgesehen ist; die §§. 829—832. enthalten Vorschriften für den Fall, daß der überlebende Ehegatte der schuldige Theil ist und der §. 833. beginnt umgekehrt mit den Worten:

> Stirbt der schuldige Ehegatte vor rechtskräftig entschiedenem Processe, so sind u. s. w.

Aus diesem Mangel einer speciell auf den vorliegenden Fall passenden ausdrücklichen Bestimmung folgt indessen keinesweges, wie der Appellations-Richter annimmt, daß hier die Bestimmungen welche für die Auseinandersetzung bei Auflösung der Ehe durch den Tod vorgeschrieben sind, eintreten müßten.

Nach §. 827. a. a. O. sind die Erben des beleidigten Ehegatten befugt, die Scheidungsklage zum Behufe der Auseinandersetzung des Vermögens zu verfolgen, insofern der Erblasser erst nach fruchtlos angestelltem Sühnsversuche gestorben ist. Es liegt in der Natur der Sache, und entspricht den allgemeinen rechtlichen Wirkungen eines Judicats, daß in einem solchen Falle die künftige Auseinandersetzung in Betreff des Vermögens zwischen den Erben und dem überlebenden Ehegatten ganz nach Maaßgabe der ergangenen rechtskräftigen Entscheidung bewerkstelligt wird. Hier ist nun entschieden: daß keiner der geschiedenen Ehegatten für den überwiegend schuldigen Theil zu erklären

sei. Indem das Gesetz unter den Voraussetzungen des §. 827. den Erben des beleidigten Ehegatten die weitere Verfolgung der Scheidungsklage gestattet, fingirt es den Letzteren in gewissem Sinne noch als fortlebend, und faßt die Sache in Beziehung auf die zu veranlassende Vermögensauseinandersetzung so auf, als wenn die Ehe erst durch richterlichen Ausspruch getrennt wäre. Ganz dem entsprechend bestimmt denn auch der §. 829. ebendaselbst: daß in dem Falle des §. 827. die Absonderung des Vermögens nach den Vorschriften §§. 766 ff. erfolgen müsse, welche sich in dem 8. Abschnitte Thl. II. Tit. 1. befinden, der eben von der Trennung der Ehe durch richterlichen Ausspruch handelt; der §. 829. verweist aber keinesweges auf die §§. 621 ff. 637 ff. Abschnitt 7: „Von der Trennung der Ehe durch den Tod," aus welchem Kläger seine verschiedenen Ansprüche herleitet, und durch welche der Appellations-Richter seine Entscheidung begründet.

Daß auch in dem vorangegangenen Ehescheidungs-Processe die Sache wirklich so angesehen und beurtheilt worden ist, geht klar aus der dort ergangenen Festsetzung: daß keiner der geschiedenen Ehegatten für den überwiegend schuldigen Theil zu erklären, hervor.

Diesen gesetzlichen Sinn und Zweck des §. 827. und dessen rechtliche Wirkungen übersieht der vorige Richter, wenn er in Beziehung auf die Vermögensauseinandersetzung zwischen den Parteien annimmt, die C.'sche Ehe sei durch den Tod aufgelöst, und wenn er demgemäß die Erbrechte des Klägers, sowie dessen sonstige Ansprüche auf den Nachlaß seiner Ehefrau, nach den oben gedachten §§. 621 ff. und 637 ff. bestimmt.

Zu welchen Inconsequenzen eine solche Annahme und Bestimmung führt, zeigt gerade im vorliegenden Falle eine

Vergleichung mit den §§. 766. und 767. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. recht klar. Ist in dem Scheidungs-Processe der eine Ehegatte für den schuldigen Theil erklärt werden; so erfolgt, wenn keine Gütergemeinschaft vorgewaltet hat, die Auseinandersetzung wegen des Vermögens nach den bei der Trennung der Ehe durch den Tod vorgeschriebenen Grundsätzen. Alle Begünstigungen, welche das Gesetz dem überlebenden Ehegatten beilegt, genießt in diesem Falle der Unschuldige.

Der Appellations-Richter, der nun auch im vorliegenden Falle auf die Vorschriften recurrirt, welche gelten, wenn die Ehe durch den Tod getrennt ist, und nach diesen Grundsätzen die Ansprüche und Rechte des Klägers abmißt, gesteht dem Letzteren dadurch indirect die Vortheile des Unschuldigen zu, und verstößt auf diese Weise, — wie die Implorantin ebenfalls mit Recht rügt, — gegen die Wirkungen eines Judicats. — §. 1. Tit. 16. der Proceß-Ordnung — indem in dem vorangegangenen Ehescheidungs-Processe rechtskräftig festgesetzt ist, daß keiner der geschiedenen Ehegatten für den überwiegend schuldigen Theil zu erachten sei; woraus jedenfalls so viel mit Gewißheit folgt, daß Kläger nicht als unschuldiger Theil angesehen werden durfte. Auch auf seiner Seite ward ein gewisser Grad von Verschuldung angenommen, nur sollten seine Vergehungen im Vergleiche zu denen der Erblasserin der Verklagten nicht als schwerer angenommen werden. Niemals durfte ihm der Richter daher bei der Auseinandersetzung vermögensrechtliche Vortheile gegen die Verklagte zusprechen, die das Gesetz nur dem Unschuldigen, dem andern für den allein schuldigen Theil erklärten Ehegatten gegenüber, beilegt.

Kommt es nun nach Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses auf Beurtheilung und Entscheidung der Haupt-

sache an, so folgt aus dem Obigen schon, daß die Ehe der C.'schen Eheleute für den vorliegenden Zweck, d. h. zum Behufe der Auseinandersetzung des Vermögens zwischen den Parteien, als durch richterlichen Ausspruch getrennt angesehen werden muß, und daß dabei ferner allein die judicatmäßige Festsetzung im Vorprocesse: daß keiner der geschiedenen Ehegatten für den überwiegend schuldigen Theil zu erklären, maaßgebend sein darf.

Die Prämissen führen sodann folgerecht zur Anwendung der §§. 755 ff. hin, die eben den Fall vorsehen, daß bei dem Scheidungs-Processe kein Uebergewicht der Schuld des einen Ehegatten ausgemittelt ist — §. 751. — und daß unter den geschiedenen Eheleuten Gemeinschaft der Güter obgewaltet hat. — §. 755. — In diesem Sinne ist die Klage des Gutsbesitzers C. aber keinesweges substantiirt, am wenigsten lassen sich aus jenen Vorschriften die von dem Kläger erhobenen Ansprüche herleiten, die gesetzlich nur dem überlebenden Ehegatten auf den Nachlaß des Verstorbenen eingeräumt sind, nicht aber dem einen geschiedenen Ehegatten gegen den anderen zustehen. Entscheiden nun auch die Rescripte vom 8. October und 3. December 1798 (Rabe, Sammlung preuß. Gesetze und Verordnungen Bd. 5. S. 220—225. und S. 248—250.), so wie das vom Gesetz-Revisor — Pensum XV. Motive zu dem Entwurfe des Tit. 1. Thl. II. des A. L. R. S. 450—453. — erwähnte ältere Gutachten des Ober-Tribunals, die hier erörterte Rechtsfrage nicht unmittelbar und ausdrücklich, so bestätigen dieselben doch mindestens so viel, daß bei einer nach Maaßgabe des §. 827. a. a. O. von den Erben des beleidigten Ehegatten verfolgten Scheidungsklage von einem Successionsrechte des überlebenden Ehegatten niemals die Rede sein könne, weil in einem solchen Falle in Bezug auf

die Vermögens-Auseinandersetzung rechtlich fingirt wird, die Ehe sei nicht durch den Tod aufgelöst, sondern durch richterlichen Ausspruch geschieden worden.

Der vorstehenden Ausführung gemäß würde Kläger mit allen seinen Anträgen völlig abzuweisen gewesen sein; da indessen der Ausspruch des ersten Richters:

> daß das von der verstorbenen Frau E. am 11. Januar 1853 errichtete Testament in soweit aufzuheben, als dasselbe die Enterbung des Klägers ausspricht, dagegen aufrecht zu erhalten, in soweit Kläger auf den Pflichttheil eingesetzt ist, —

weder von dem Kläger noch von der Verklagten irgend wie angefochten, mithin in die Rechtskraft übergegangen ist, so muß sich auch das Ober-Tribunal darauf beschränken, das erste Erkenntniß zu bestätigen, — §. 11. Tit. 14. der Proceß-Ordnung — wohin denn in der That auch nur der Antrag der Implorantin gerichtet ist.

№ 33.

Collation.

Sind Bank-Giro-Anweisungen, welche den Kindern von deren Eltern geschenksweise gegeben worden, ausstehenden Capitalien gleich zu erachten und daher auch bei der Erbtheilung unter den Kindern zu conferiren?

A. L. R. Thl. II. Tit. 2. §. 328.

Die Wittwe des Oberamtmanns R. hatte in ihrem am 12. Februar 1848 gerichtlich niedergelegten Testament Fest-

setzungen wegen der Conferenda ihrer Kinder getroffen, und namentlich der Tochter Louise, verehelichten B., auferlegt, sich das zur Ausstattung und während ihrer Ehe Empfangene anrechnen zu lassen, und die Tochter Caroline, verehelichte N., gleichfalls verpflichtet erklärt, dasjenige sich in Anrechnung stellen zu lassen, was sie als Ausstattung und als Mitgabe in die Ehe erhalten habe. Der Betrag des Gegebenen war im Testament nicht ausgedrückt. Nachdem die Wittwe R. am 18. Mai 1852 verstorben, vereinigten sich beide Schwestern dahin, daß die Ausstattung der verehelichten N. 1,068 Thlr. 21 Sgr. 6 Pf. betragen habe. Außerdem hatte dieselbe aber geständlich von ihrer Mutter noch 6,000 Thlr. in Bank-Giro-Anweisungen empfangen. Die Miterbin Ehefrau B. wollte diese Summe als ein Darlehn angesehen wissen, wogegen die Empfängerin Ehefrau N. Schenkung behauptete, auch den ihr deferirten Eid dahin acceptirte und ableistete:

> daß diejenigen sechs Tausend Reichsthaler, welche sie von ihrer Mutter empfangen, ihr von derselben in Bank-Giro-Anweisungen und nicht mit der ausdrücklichen Bedingung der Rückzahlung oder der Anrechnung bei der einstigen Nachlaß-Regulirung gegeben worden seien.

Die Miterbin B. bestand gleichwohl auf Collation, behauptend: daß Bank-Giro-Anweisungen ausstehende Capitalien, und daher der Collation unterworfen seien. Die N. dagegen wollte Anweisungen auf Geld dem Gelde gleich angesehen wissen. Es wurde auch ein Schema von einer Stettiner Bank-Giro-Anweisung beigebracht, mit welchem die streitigen Anweisungen nach dem Anerkenntnisse der B. im Einklang gestanden haben, und die N. berief sich besonders darauf, daß dergleichen Anweisungen auf den Inhaber

lauteten, und ihnen eine Deposition von baarem Gelde beim Bankcomptoir zum Grunde liege.

Die Gerichte erster und zweiter Instanz waren verschiedener Ansicht. Das Kreisgericht zu Stolp war der Meinung: daß Bank-Giro-Anweisungen keine Capitalien, vielmehr dem baaren Gelde gleich anzusehen seien, weshalb es durch sein Urtel vom 22. Januar 1856 die Miterbin B. mit dem Anspruche auf Conferirung, resp. Anrechnung der 6,000 Thlr. Seitens der R. abwies. Das Appellations-Gericht zu Cöslin erachtete dagegen jene Anweisungen für Capitalien, und verurtheilte unter dem 8. Juli 1856 die verehelichte R., 6,000 Thlr. zum Nachlasse ihrer Mutter zu conferiren, resp. sich anrechnen zu lassen.

Letztere erhob dagegen die Revision und der erste Senat des Ober-Tribunals hat am 12. Januar 1857 auf Wiederherstellung des Urtels erster Instanz erkannt.

Gründe.

Nach dem Grundsatz des §. 328. Thl. II. Tit. 2. des A. L. R. ist die Verklagte die ihr von ihrer Mutter geschenkten 6,000 Thlr. nur dann zur Nachlaßmasse zu conferiren und sich auf ihr mütterliches Erbtheil anrechnen zu lassen verbunden, wenn die Bank-Giro-Anweisungen, aus welchen die Schenkung bestand, für ausstehende Capitalien zu erachten sind. Nach §§. 11. 12. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. wird unter baarem Vermögen nur geprägtes Geld und gemünztes Papier verstanden; die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, namentlich Banknoten, Pfandbriefe, Actien rc. sind dagegen zum Capitals-Vermögen zu rechnen. Die Bank-Giro-Anweisungen fallen nun weder unter die eine, noch unter die andere Kategorie, und der Appellations-Richter hat die eigentliche Natur jener Anweisungen aus der Bankverfassung zu erklären gesucht. Er sagt: die alten

Banknoten laut Bank-Reglement vom 29. October 1766, welche auf den Inhaber lauteten und in allen Königlichen Kassen für voll anzunehmen waren, seien zufolge Cabinets-Ordre vom 5. December 1836 eingezogen. Wie es sich aber auch mit Banknoten verhalten möge, so seien die Giro-Anweisungen der Bank von ihnen doch völlig verschieden. Dies zeige sich schon äußerlich laut §. 120. der neueren Bankordnung vom 5. October 1846, wonach nur die Verfälschung der Bankantheilscheine, Dividenden-Scheine, Noten und Deposital-Scheine, der Lombards-Pfandscheine, der Obligationen und Interims-Scheine der Bank, nicht aber die Verfälschung der Bank-Giro-Anweisungen mit der Strafe der Falschmünzerei bedrohet würden. Ein innerer Grund ferner, welcher die letzteren wesentlich vom gemünzten Papiergelde unterscheide, sei dieser: daß sie ein Document über ein Forderungsrecht seien, bestehend in einer bei der Bank niedergelegten baaren Geldsumme, über welche die Bank (§. 7.) Buch und Rechnung führe, und über welche der Inhaber durch Giro-Anweisungen oder auf andere Art zu verfügen berechtigt sei. Daß die Giro-Anweisung auf den Inhaber laute, habe sie mit vielen anderen öffentlichen und Privatpapieren gemein, selbst mit Wechseln, die in blanco girirt sind; die Bank werde auch nach Verfall der Giro-Anweisung von der Vertretung der angewiesenen Summen nicht frei, und dergleichen Anweisungen seien demnach zum Capitals-Vermögen zu zählen.

Diesen Ansichten kann jedoch nicht Beifall gegeben werden. Die Königliche Bank war nach dem Reglement vom 29. October 1766 „Giro- und Lehnbank," und ihre Giro-Anweisungen sollten, gleich den Banknoten, nach Artikel 7. nnd 11. bei allen Königlichen Kassen dem Gelde gleich angenommen werden. Eine solche allgemeine Circu-

lation oder Zwangcours, wie Tresorscheine nach den Edicten vom 4. Februar 1806 und 19. Januar 1813, haben Bank-Giro-Anweisungen nun zwar nie erreicht, und in dieser Beziehung mögen sie freilich nicht als baar Geld oder als gemünztes Papier angesehen werden können. Es ist ihnen aber die Eigenschaft gewährt und verblieben: daß sie in jedem Augenblick beim Bankcomptoir realisirt, d. h. gegen coursirende Zahlungsmittel vertauscht werden konnten. Durch die Cabinets-Ordre vom 5. December 1836 (Ges. Samml. S. 318.) ist nur den Cassenanweisungen der Bank, statt der ehemaligen Cassenscheine, bis auf einen gewissen Betrag, eine allgemeine Circulation verliehen, und durch die Cabinets-Ordre vom 31. Januar 1841 der Bank — weil sie ursprünglich zugleich Giro-Bank war — die Befugniß ertheilt: auf jeden Inhaber ausgestellte Anweisungen der Giro-Interessenten auf deren Guthaben im Conto, zu acceptiren (Ges. Samml. S. 29). Ob sie auch im Verhältniß unter den mehreren Inhabern Geld darstellen sollten? darüber fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung. Eine solche ist auch in der neuen Bankordnung vom 5. October 1846 (Ges. Samml. S. 435.) nicht zu finden. Dieselbe hat im §. 7. auf die Cabinets-Ordre vom 31. Januar 1841 hingewiesen, und der Bank insbesondere die Befugniß gegeben, Wechsel und Geldanweisungen auf andere Plätze gegen gehörige Deckung zu ertheilen, für Rechnung von Privatpersonen, Anstalten und Behörden die Einziehung von Wechseln, Geldanweisungen und anderer Incassos zu übernehmen, und Zahlungen daraus bis zum Betrage des Guthabens zu leisten. Nur für Banknoten ist die Bestimmung getroffen: daß sie zu jeder Zeit und mit Verhaftung sämmtlicher Bankfonds bei deren Comptoiren eingelöset werden sollen (§. 32.); ihnen ist der Umlauf im ganzen Staat

gestattet (§. 33.), und sie sollen bei allen öffentlichen Kassen an Stelle des baaren Geldes oder der Cassenanweisungen angenommen werden und gleich dem baaren Gelde (§. 34.) keiner Vindication oder Amortisation unterworfen sein. Die Cabinets-Ordre vom 9. Juni 1847 (Gesetz-Sammlung S. 238.) hat diese Bestimmung noch dahin erweitert, daß auch gerichtliche Depositai-Kassen die Banknoten nach dem vollen Betrage in Zahlung anzunehmen haben.

Aus allen diesen Anordnungen läßt sich nun freilich nicht die Folgerung ziehen, daß Bank-Giro-Anweisungen im Privatverkehr als baar Geld oder als gemünztes Papier zu betrachten seien. Selbst der §. 28. Thl. I. Tit. 16. des A. L. R., wonach Zahlung eben sowohl wie durch Geld, auch durch geldgleiche auf jeden Inhaber lautende Papiere geleistet werden kann, giebt für die Streitfrage keinen sicheren Anhalt. Soviel ist aber gewiß, daß Anweisungen im Bank-Giro acceptirt und emittirt werden können, und bisher und namentlich im vorliegenden Fall emittirt worden sind. Ob sie Geld oder Capital haben darstellen sollen und es dargestellt haben, muß daher nach dem Inhalt des producirten Formulars beurtheilt werden, über welchen die Parteien einverstanden sind. Nach demselben war von einem Dritten eine Anweisung auf das Königliche Bankcomptoir zu Stettin zum Betrage einer gewissen Summe gegeben, welche dem Inhaber gegen Aushändigung der Anweisung gezahlt und im Giro in Rechnung gestellt werden sollte.

Es ist darin als vorbedungen vermerkt:

1) daß der Inhaber an jedem Tage binnen sechs Monaten Zahlung verlangen könne,
2) daß, wenn die Bank acceptirt, der Inhaber der Anweisung die Bank statt des Anweisenden zum Schuldner annimmt, und der Aussteller, so wie

jeder Zwischenbesitzer der Anweisung, nicht weiter haftet,

3) daß, wenn die Zahlung binnen jenem Zeitraum nicht erhoben wird, die Anweisung und das Accept der Bank werthlos sind, und die Bank nach ihrer Wahl die Summe unverzinslich als baares Geld aufbewahren, oder das Geld auf Gefahr und Kosten des Berechtigten gerichtlich niederlegen kann, und

4) daß die Bank die Legitimation des Producenten zu prüfen berechtigt, nicht aber verpflichtet ist.

Unter der Anweisung befindet sich der Accept des Bankcomptoirs mit den Worten:

diese Anweisung wird hierdurch genehmigt und angenommen zur Zahlung bei dem Bankcomptoir bis zum .... auf Höhe von Rthaler ....,

contrasignirt durch die Beamten der Girobuchhalterei.

Der Appellations-Richter hält eine solche Bank-Giro-Anweisung nun für ein ausstehendes Capital, weil sie ein Forderungsrecht betreffe, und die Verpflichtung der Bank auch noch nach dem Verfalltage fortwähre. Dieser Grund ist indessen ein ganz hinfälliger, indem die fortwährende Verpflichtung der Bank schon auf dem in allen Gesetzgebungen sanctionirten Grundsatze beruht: daß Niemand ohne besonderen Rechtsgrund sich das Eigenthum eines Anderen anmaßen kann. Die Bank ist nach Ablauf der Erhebungszeit nur von Zinsen, als Folge eines Verzuges, frei und dies beruht in ihrem Privilegio. Es läßt sich zwar aus den Gesetzen nicht beweisen, daß Bank-Giro-Anweisungen dem baaren Gelde oder dem gemünzten Papier gleich gestellt werden. Es kommt nach §. 328. Thl. II. Tit. 2. des A. L. R. aber auch vorzugsweise nur darauf an: ob sie den Capitalien, und zwar — wie das Gesetz wörtlich sich

ausdrückt — ausstehenden Capitalien gleich zu stellen sind? und diese Frage muß mit dem Richter erster Instanz verneint werden.

Es treffen hier mehrere Umstände zusammen, welche dem Begriff von Capital nicht eigen sind. Es ist kein Schuldschein, es ist vielmehr eine acceptirte Anweisung vorhanden. Statt des individuellen Gläubigers ist der Inhaber als Berechtigter bezeichnet. Es ist eine unverzinsliche Summe und kein bestimmter Zahlungstag verschrieben, es ist Zahlung auf Vorzeigung verheißen und zwar von einem Acceptanten, welcher jederzeit mit den Zahlungsmitteln versehen und zur Zahlung bereit war.

Wenn man ferner erwägt, daß im §. 328. nicht von Capitalien schlechtweg, sondern von ausstehenden Capitalien die Rede ist, und das Wort „ausstehend" doch nicht als ganz bedeutungslos angesehen werden darf, so kann man darunter nur Capitalien verstehen, welche auf einen bestimmten Verfalltag verschrieben oder an eine Kündigungsfrist gebunden waren, und es ist dies alles schon bedeutend genug, um den Bank-Giro-Anweisungen die Eigenschaft ausstehender Capitalien zu versagen. In der That aber darf man auch mit Grunde behaupten, daß sie baares Geld repräsentiren. Der Anweisende hat ihnen zufolge eine gewisse Summe baaren Geldes bei der Bank niedergelegt und die Bank durch acceptirte Anweisung ihm, oder dem ferneren Inhaber, diese Summe zu jeder Zeit sofort zurückzugeben verheißen. Die acceptirte Anweisung ist sonach eigentlich nichts, als Empfangschein über ein depositum. Giebt der Inhaber sie einem Anderen — wie es hier von der Wittwe R. an die Verklagte N. geschehen ist — ohne die Bedingung zu erstattender Valuta, so übergiebt er ihm das depositum, in baarem Gelde bestehend, wie es der Anwei-

sung zufolge auch noch nach Ablauf der Erhebungsfrist asservirt werden soll. Die Uebergabe ist nur eine mittelbare und eine symbolische. Es ist sonach die Aushändigung der Anweisung, auf welche sofort die Ausantwortung des depositi erfolgen konnte, einer wirklichen Ueberlieferung des depositi ganz gleich zu stellen.

In einem Urtel vom 10. Juni 1843 (Präj. 1317. Samml. I. S. 167.) hat das Ober-Tribunal zwar angenommen, daß unter ausstehenden Capitalien, deren im §. 328. gedacht wird, auch die auf jeden Inhaber lautenden Staatspapiere mitbegriffen seien. Damals handelte es sich aber um Staatsschuldscheine, welche wirkliche Schuldbekenntnisse, zinsbar, dem Cours unterworfen und nicht jederzeit gegen den Nominalbetrag zu realisiren sind; und alles dieses ist bei dem angewiesenen Deposito der Bank nicht zutreffend.

Der Appellations-Richter hat für seine Entscheidung noch einen Unterstützungsgrund darin gefunden, daß im §. 120. der Bank-Ordnung vom 5. October 1846 nur diejenigen, welche Bankantheilsscheine, Dividendenscheine, Noten, sowie Obligationen und Interimsscheine, welche die Bank für die bei ihr belegten Capitalien ausfertigt, verfälschen oder nachmachen, mit der Strafe derjenigen bedroht sind, welche falsches Geld unter landesherrlichem Gepräge gemünzt haben. Auch das Gesetz über Münzverbrechen vom 8. April 1823 (Ges.-Samml. S. 43.) sprach nur von Münzen, von dem zum öffentlichen Umlauf bestimmten Papiergelde, sowie unter Hinweisung auf §§. 267., 1381., 1382. Thl. II. Tit. 20. des A. L. R. von Banknoten, Actien und Pfandbriefen. Eben so hat das neue Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 (Ges.-Samml. S. 128.) im §. 124. dem baaren Gelde nur ein- und ausländische, vom Staat, von Corporationen, Gesellschaften oder Privatpersonen ausgestellte, auf jeden

Inhaber lautende Schuldverschreibungen, Actien oder deren Stelle vertretende Interimsscheine oder Quittungen als Gegenstände von Münzverbrechen bezeichnet. Alles dieses kann aber in der Natur einer Bank-Giro-Anweisung nichts ändern, selbst wenn deren Verfälschung mit einer milderen, als der Strafe der Münzverbrechen, zu belegen wäre. Sie ist keine Schuldverschreibung, sondern nur eine Anerkenntniß über eine bei der Bank niedergelegte und gegen Rückgabe des Anerkenntnisses sofort zurückzuzahlende Geldsumme.

Nach allem Diesen sind also keine zureichenden Gründe vorhanden, Bank-Giro-Anweisungen im Sinne des §. 328. a. a. O. für ausstehende Capitalien zu erachten. Die streitigen Anweisungen können demnach auch nicht für eine der Collation unterworfene Schenkung angesehen, es mußte vielmehr die Klägerin mit dem desfallsigen Verlangen abgewiesen und demnach das Urtel erster Instanz wiederhergestellt werden.

№ 34.

Herzogthum Westphalen. Alimentationspflicht der Geschwister.

Besteht nach dem gemeinen Recht eine Zwangspflicht zur Alimentation unvermögender Geschwister?

L. 73. §. 1. D. de jure dotium; (23. 3.) L. 20. D. soluto matrimonio; (24. 3.) L. 12. §. 3. D. de administrat. et periculo: (26. 7.) L. 4. D. ubi pupillus; (27. 2.) L. 1. §. 2. D. de tutelae actione: (27. 3.)

Der Anton H. zu Neheim, im Herzogthum Westphalen, war, wegen Unvermögens, Seitens der Polizei-Behörde der Armen-Anstalt daselbst zur Verpflegung überwiesen worden, und letztere forderte deshalb von den vermögenden Halbgeschwistern des H. die Erstattung der Verpflegungskosten. Diese Verklagten bestritten jedoch, neben anderen Einwendungen, daß sie nach dem hier lediglich zur Anwendung kommenden gemeinen Recht verpflichtet seien, ihren Halbbruder zu alimentiren.

Das Kreisgericht zu Soest, sowie das Appellations-Gericht zu Hamm erkannten auch aus diesem Grunde am 30. October 1855 und 5. Juni 1856 auf die Abweisung der Klage, und der erste Senat des Ober-Tribunals hat am 10. November 1856 die dagegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde verworfen.

Gründe.

Der Appellations-Richter hat, in Uebereinstimmung mit dem Richter erster Instanz, den Kläger mit seinem Klageantrage deshalb abgewiesen, weil die unter den Rechtslehrern streitige Frage:

ob nach dem gemeinen Rechte die gegenseitige Alimentation der Geschwister eine Zwangspflicht sei?

verneint werden müsse.

Der Implorant behauptet: der vorige Richter habe hierdurch den gemeinrechtlichen Grundsatz verletzt, nach welchem unter Geschwistern eine Zwangspflicht zur gegenseitigen Alimentation stattfinde. Er bezieht sich deshalb auf die, schon vom vorigen Richter in Betracht gezogenen Gesetzesstellen, welche gewöhnlich für die Ansicht des Imploranten in Bezug genommen werden:

L. 73. §. 1. D. de jure dotium (XXIII. 3.) L. 20. D. soluto matrimonio (XXIV. 3.) L. 12. §. 3. D. de

administ. et periculo tutorum (XXVI. 7.) und **L. 4.** D. ubi pupillus educari debeat (XXVII. 7.)
Wenn sich der Implorant zugleich auf ein Urtel des **Ober-Tribunals** vom 8. November 1851 (Archiv für **Rechtsfälle** Bd. 7. S. 137.) beruft, so kann dies nur auf einem **Irrthum** beruhen, da bei jener Entscheidung nur das **Allgem.** Landrecht, nicht aber gemeines Recht zur Entscheidungs**norm** diente. Da ferner nach §. 4. des Publications-**Patents** vom 21. Juli 1825 (Ges. Samml. S. 153.) die **ersten** drei Titel des zweiten Theils des A. L. R. von der **Anwendung** im Herzogthum Westphalen ausgeschlossen **worden** sind und die gemeinen Rechte in diesen Materien vor **der** Hand Gültigkeit behalten haben, auch der §. 15. daselbst, wonach in zweifelhaften Fällen derjenigen Meinung, welche mit den Vorschriften des Allgem. Landrechts übereinstimmt oder derselben am nächsten kommt, der Vorzug gegeben werden soll, nach seiner Verbindung, in welcher er mit §. 14. steht, nur auf Rechtsstreitigkeiten aus älteren Handlungen oder Begebenheiten in *solchen Materien* in Anwendung gebracht werden kann, in welchen das Allgemeine Landrecht durch dieses Patent seit dem 1. December 1825 eingeführt worden ist, so kann hier aus dem §. 15. Tit. 3. Thl. II. des Allgem. Landrechts keine Quelle für die Entscheidung der gegenwärtigen Streitfrage entnommen werden; diese ist vielmehr lediglich nach dem gemeinen Recht zu beurtheilen, wie dies denn auch vom vorigen Richter angenommen und vom Imploranten hier nicht weiter bestritten worden ist.

In der neueren Zeit ist diese Controverse ausführlich erörtert und, in Uebereinstimmung mit den vorigen Richtern, dahin entschieden worden, daß die streitige Zwangspflicht der Geschwister, sich gegenseitig zu alimentiren, nach gemeinem Recht nicht als bestehend anzunehmen sei, und

zwar von den, vom Appellations-Richter bereits in Bezug genommenen Schriftstellern:

Glück, im Commentar zu den Pandecten, Band 28. S. 236—251.

Dr. Müller, im Archiv für civilistische Praxis (Heidelberger) Bd. 13. S. 234 ff.

v. Vangerow, Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen (dritte Auflage) Bd. I. S. 408.

Vgl. Weber, von der natürlichen Verbindlichkeit §. 102.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts B. 1. Abthl. 2. Cap. 3. §. 9. Nr. 11. S. 571.

Die vom Imploranten in Bezug genommenen Gesetze enthalten nun auch keinesweges einen haltbaren Grund für die entgegengesetzte Ansicht. In den ersten beiden Stellen ist davon die Rede, wo der Mann der Frau die dos während der Ehe zurückzugeben befugt ist, ohne sich dadurch verantwortlich zu machen, wobei dann auch des Falles erwähnt wird, wann die Rückgabe geschieht, um nahe Verwandte, namentlich auch Geschwister zu unterstützen, was als justa et honesta causa bezeichnet wird. Es leuchtet ein, daß hierin nicht die Anordnung einer Zwangspflicht für die Ehefrau, ihre Geschwister zu alimentiren, zu finden ist.

In den beiden anderen Stellen ist von der Verantwortlichkeit des Vormundes die Rede, und zwar in der L. 4. XXVII. 2. von einem Fall, wo ein Vater seinen Sohn zum Erben eingesetzt, seiner Tochter aber nur eine bestimmte Summe als dos vermacht und beiden, als Unmündigen, einen Vormund gegeben hatte. Diesem wurde, auf Antrag der Verwandten der unmündigen Tochter, vom Magistrat aufgegeben, ihr Alimente und ihren Lehrern den Lohn zu geben. Nachdem nun beide Kinder mündig gewor-

den und der Bruder der Schwester das Legat ausgezahlt hatte, entstand die Frage: ob der gewesene Pupill vom Vormund Ersatz für Dasjenige verlangen könne, was auf die Alimente und die Erziehung der Schwester verwendet worden? (quod in alimenta pupillae et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit?) Respondi, sagt der Jurist, existimo, etsi citra magistratuum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit, et liberalibus artibus instituerit, cum haec aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine tutelae judicio, pupillo, aut substitutis pupilli praestare debere.

Daraus, daß hiernach der Vormund dafür nicht verantwortlich gemacht werden soll, wenn er, selbst ohne Geheiß des Magistrats, im Fall der wirklichen Noth die Schwester des Pupillen unterstützte, so wie daraus, daß der Magistrat hierzu die Anweisung gab, ist nicht zu folgern, daß der Bruder selbst die Zwangspflicht haben sollte, die arme Schwester zu alimentiren. Man will nur seine Vormünder nicht hindern, eine solche Liebespflicht für ihn zu erfüllen, was geschehen würde, wenn man ihn dafür verantwortlich machte.

(cfr. L. 1. §. 2. D. de tutelae et rationib. distrahend. XXVII. 3.

Die andere Stelle, L. 12. §. 3. D. XXVI. 7., lautet wörtlich: Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, inprimis mercedes praeceptoribus non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet; alimenta servis liberisque, nonnunquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit; solennia munera parentibus cognatisque mittet. Sed non dabit dotem sorori, alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit; nam esti honeste,

ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.

Obwohl nun in dieser Stelle von den Alimenten der Geschwister gar nicht die Rede ist, so hat sie doch Thibaut, (in seinen Versuchen Bd. I. Abh. 12. S. 223.) veranlaßt sich, gegen seine frühere Ansicht, für die Zwangspflicht der Geschwister zur gegenseitigen Alimentation zu entscheiden, weil hiernach der Vormund nicht einmal die bloß moralischen Verbindlichkeiten des Pupillen — quae honeste et ex liberalitate fiunt — erfüllen dürfe. Wenn er also nach den obigen Stellen (L. 4. XXVII. 2. und L. 1. §. 2. XXVII. 3.) dazu gezwungen werden könne, die Geschwister zu ernähren, so müsse diese Alimentationspflicht, weil sie doch nur entweder Liebespflicht oder Zwangspflicht sein könne, nothwendig zu den Zwangspflichten gehören. Diesem schon an sich bedenklichen argumentum e contrario steht jedoch entgegen, daß jene oben wiedergegebene Stelle (L. 12. §. 3. XXVI. 7.) keinesweges die Erfüllung einer Liebespflicht oder unvollkommenen Verbindlichkeit untersagt, sondern nur von Acten der reinen Liberalität handelt, welche so geartet sind, daß der Vormund sie vernünftiger Weise dem eigenen Ermessen des Pupillen überlassen kann und daher auch überlassen soll, wie dies Dr. Müller in der allegirten Abhandlung bereits genügend ausgeführt hat. —

Erwägt man nun noch, daß mit directen Worten die Zwangspflicht der Alimentation der Geschwister nirgends ausgesprochen ist und daß vielmehr dort, wo von der Alimentation nicht allein der Eltern und Kinder, sondern auch der Patronen und Freigelassenen gehandelt wird, im Tit. III. Lib. 25. D. L. 5. seq., nur die wechselseitige Zwangspflicht der Eltern und Kinder, so wie der Ascendenten und De-

scendeten von väterlicher und mütterlicher Seite, zur Alimentation, angeordnet worden ist, nicht aber die der Geschwister, so gelangt man schließlich zu dem Resultat, daß es im gemeinen Recht an einer haltbaren Rechtsnorm für die vom Imploranten behauptete Zwangspflicht zur gegenseitigen Alimentation der unvermögenden Geschwister fehlt.

№ 35.

Entlassung eines auf Lebenszeit angestellten Privatförsters.

Die Vorschrift im §. 101. der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810., nach welcher beim Tode des Familienhaupts die Erben nicht gehalten sind, die Dienstboten länger, als bis zur nächsten Ziehzeit zu behalten, findet auf Privatförster, die durch schriftlichen Vertrag auf Lebenszeit angenommen und auf das Forststrafgesetz vereidigt sind, keine Anwendung. Präjudiz 2675.

A. L. R. Thl. II. Tit. 5. §§. 177. und 186.
Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810. §. 101.
Diebstahls-Gesetz vom 2. Juni 1852. §. 35.

Der Jäger G. ist laut schriftlichen Contracts vom 21. Februar 1850 von dem Gutsbesitzer S. auf Lebenszeit als Privatförster für die Waldungen der Güter M. und D. angenommen und auf das Forststrafgesetz gehörig vereidigt worden. Der Gutsbesitzer S. ist inzwischen verstorben, dessen Erben halten sich nicht verpflichtet, den Kläger im

Dienste zu behalten und ihm das contractliche Gehalt und Deputat nebst sonstigen Emolumenten zu gewähren. Kläger hat deshalb gegen die Erben Klage erhoben und ist auch von dem Kreisgericht zu Leobschütz durch Urtel vom 2. März 1855 dem Antrage des Klägers gemäß erkannt, dagegen auf die Appellation der Verklagten von dem Civil-Senate des Appellations-Gerichts zu Ratibor am 17. September 1855 der Kläger abgewiesen worden, und zwar lediglich auf Grund der Vorschrift des §. 101. der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810.

Auf die von dem Kläger eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der vierte Senat des Ober-Tribunals in seinem Erkenntnisse vom 6. December 1856 diesen Entscheidungsgrund aus folgenden

Gründen

nicht für zutreffend erachtet:

Wenn schon ein Privatförster weder zu den im §. 187. des A. L. R. Thl. II. Tit. 5. genannten Personen, welche mit erlernten Wissenschaften oder schönen Künsten, wie Erzieher, Kapläne, Privatsecretäre und dergleichen, im Hause Dienste leisten, noch zu dem gemeinen Gesinde gehört, da er nicht zu häuslichen oder wirthschaftlichen Diensten überhaupt, sondern nur zu einem bestimmten Geschäfte, zur Aufsicht über die Forst, also einem gewissen Theil der Wirthschaft, angenommen ist, und demzufolge nach §. 177. des A. L. R. a. a. O. als ein Hausofficiant angesehen werden muß, und Hausofficianten nach §. 186. ebendas. in allen in §§. 177—185. nicht erwähnten Stücken mit dem gemeinen Gesinde gleiche Rechte und Pflichten haben, so erscheint dennoch die hieraus vom Appellations-Richter gezogene Folgerung über die Befugniß der Verklagten, den Kläger des Dienstes lediglich aus dem Grunde, weil ihr Erblasser

gestorben ist, zu entlassen, nicht richtig. Denn schon an sich muß es bedenklich sein, die in diesem speciellen Falle für das gemeine Gesinde gegebene Vorschrift des §. 101. der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810, nach welcher bei eingetretenem Tode des Haupts der Familie die Erben nicht gehalten sind, das Gesinde länger als bis zur nächsten gesetzlichen Ziehzeit zu behalten, wenn gleich durch besonderen Vertrag eine längere Dienstzeit festgesetzt worden, auf Hausofficianten, die contractlich auf Lebenszeit angenommen sind, für anwendbar zu erachten, da eine einseitige beliebige Kündigung, wie sie beim gemeinen Gesinde gestattet ist, überhaupt ausgeschlossen sein muß, wo der Contract auf Lebenszeit in rechtsgültiger Weise geschlossen ist, während beim gemeinen Gesinde die Annahme nur auf bestimmte Tage, Wochen, Monate oder Jahre, nie aber auf unbestimmte Zeit nach §. 40. der Gesinde-Ordnung geschehen darf, und entgegengesetzten Falls eine beliebige Aufhebung des Dienstvertrages nach erfolgter Kündigung gestattet ist. Unbedenklich kann indeß jene erwähnte Vorschrift da nicht Platz greifen, wo der Privatförster nicht allein vermöge schriftlichen Vertrages auf seine Lebenszeit angenommen, sondern auch als Förster auf das Holzdiebstahls-Gesetz vereidigt worden ist. Das Gesetz vom 7. Juni 1821 giebt den auf Lebenszeit angestellten, bei Pfand- und Strafgeldern nicht betheiligten, und mit dem vorgeschriebenen Eide belegten Privatförstern dieselbe Glaubwürdigkeit, wie den Königlichen Forstbeamten, und auf gleiche Weise gestattet das Gesetz vom 31. März 1837 ihnen, wie jenen, das Recht zum Waffengebrauch gegen Holz- und Wilddiebe und gegen Forst- und Jagdcontraventionen. Die Erlangung dieser Prärogative ist bedingt insbesondere durch die lebenslängliche Anstellung; der Zweck dieser Bedingung ist unverkennbar der, ihnen durch eine ge-

sicherte Stellung und größere Unabhängigkeit von dem Waldbesitzer, eine unbetheiligte Glaubwürdigkeit zu verschaffen, und schon daraus folgt, daß eine beliebige Entlassung des lebenslänglich angenommenen Privatförsters Seitens des Dienstherrn und Waldeigenthümers nicht zulässig sein kann, wenn schon eine solche nach den gesetzlichen Vorschriften für das gemeine Gesinde gestattet sein möchte. Jeder desfallsige Zweifel wird aber auch durch die Vorschrift des §. 35. des neuern Gesetzes, den Diebstahl an Holz und anderen Waldproducten betreffend, vom 2. Juni 1852, beseitigt, indem nach derselben die Dienstherrschaft nur in zwei Fällen befugt ist, den lebenslänglich angestellten Forstbeamten aus dem Dienste zu entlassen, wenn nämlich die Bezirksregierung sich veranlaßt gefunden hat, dem Privatförster die ihm zu seiner Anstellung erforderliche Genehmigung wieder zu entziehen, oder derselbe solcher Handlungen oder Unterlassungen sich schuldig gemacht hat, welche die Amtsentsetzung eines Königlichen Beamten von Rechtswegen nach sich ziehen würden. Außer diesen beiden Fällen kann mithin der Dienstherr einen auf Lebenszeit angestellten und vereidigten Förster nicht entlassen, folglich auch nicht den Contract durch eine einseitige Kündigung aufheben, eben so wenig können dies im Falle des Todes des Dienstherrn seine Erben thun; weshalb die Vorschrift im §. 101. der Gesinde-Ordnung vom 8. November 1810, dem Kläger gegenüber, ausgeschlossen bleiben muß.

№ 36.

Fautfracht bei Stromschiffahrt.

Sind die Bestimmungen des A. L. R. Thl. II. Tit. 8. §. 1643 ff. über Fautfracht bei Strom-

schiffahrt, anwendbar in dem Falle, wenn die Reise des Schiffs durch Einfrieren gehindert, und deshalb die Ladung vom Befrachter zurückgenommen ist?

Cabinets=Ordre vom 14. Juli 1851 (Ges. S. S. 232.)
A. L. R. Thl. II. Tit. 8. §§. 1643. 1686.

Der Kahnschiffer P. hatte von der Handlung M. in Memel eine Ladung Zucker und Kaffee zum Transport von Memel nach Kowno auf seinen Kahn genommen laut Connoissement vom 8. November 1854, auch einen Vorschuß von 540 Thlr. auf die Fracht, welche im Ganzen 1,088 Thlr. 16 Sgr. 4 Pf. betrug, erhalten. Der Kahn lief zwar aus, kam aber nur bis Schwarzort, drei Meilen von Memel, und mußte von da, des Eises wegen, nach Memel zurückkehren, wo er im Festungsgraben liegen blieb. Im Januar 1855 klagte der Befrachter auf die Rückgabe der Ladung und Erstattung des Frachtvorschusses, auf welchen er dem Schiffer nur 80 Thlr. als Entschädigung gemäß des §. 885. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. (Unmöglichkeit der Leistung einer Handlung durch Zufall) zubilligen wollte.

Die Waare hat der Verklagte nach Anstellung der Klage zurückgegeben, dessen er sich auch nie geweigert haben will. Der Pflicht, den Vorschuß zurückzuzahlen, widersprach Verklagter, weil ihm zufolge des §. 1643 ff. Thl. II. Tit. 8. A. L. R. bei Rückgängigwerden des Geschäftes die halbe Fracht gebühre.

Beide früheren Richter, das Kreisgericht zu Memel und das Appellations=Gericht zu Königsberg, haben den Verklagten, am 23. März 1855 resp. 28. März 1856, nach dem Klageantrage verurtheilt, nur daß in zweiter Instanz das Quantum auf 446 Thlr. 29 Sgr. 9 Pf. herab=

gesetzt wurde, und zwar mit Rücksicht auf das Resultat eines Gutachter-Beweises, durch welchen der Betrag der verhältnißmäßigen Fracht für die Distanz von Memel nach Schwarzort festgestellt war, welchen Betrag der Richter von dem Frachtvorschuß von 540 Thlr. in Abzug brachte.

Der zweite Richter ging davon aus, daß nach der Natur der Stromschiffahrt die rücksichtlich der Fautfracht im §. 1643. Thl. II. Tit. 8. A. L. R. getroffenenen Bestimmungen, dann bei einem Stromschiffer keine Anwendung finden könnten, wenn das Hinderniß der Reise wegen Einfrierens eingetreten sei, daß also hier auf die allgemeinen Gesetze recurrirt werden müsse. Der Richter hielt auch eventuell, weil es sich nur von Fortsetzung der schon begonnenen Reise handle, nicht den §. 1643., sondern den §. 1686 ff., also eine billig mäßige Vergütung nach Verhältniß der zurückgelegten Reise, für anwendbar.

Auf die vom Verklagten eingelegte Richtigkeits-Beschwerde hat der vierte Senat des Ober-Tribunals am 9. December 1856 das zweite Urtel vernichtet, und in der Sache selbst die Klage abgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Die klägerische Handlung hat dem Verklagten im November 1854 Güter zum Transport nach Kowno in Fracht gegeben. Der gleich darauf eintretende Frost hinderte aber damals die Ausführung der Reise. Der Schiffer war bereit dieselbe im Frühjahr nach gehobenem Hindernisse anzutreten; die Klägerin nahm jedoch das Frachtgut aus dem Schiffe wieder heraus und will nur eine Entschädigung nach den Grundsätzen der §§. 885. 879. Thl. I. Tit. 11., §. 360. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. gewähren. Die §§. 1643 ff. 1652. Thl. II. Tit. 8. A. L. R. behandeln den Fall, wenn der Befrachter das bedungene Gut nicht einliefert, oder

wieder zurücknimmt, der §. 1681 bestimmt, wie es zu halten, wenn die Reise durch einen Zufall verzögert worden, der §. 1686 enthält Bestimmungen rücksichtlich der Unterbrechung der Reise. Es fehlt also im Seerecht an Richtschnuren über einen Fall, wie der vorliegende, keinesweges und zufolge der Allerh. Cabinets-Ordre vom 14. Juli 1841 ist das Verhältniß der Stromschiffer zu den Befrachtern zunächst nach den für die Seeschiffahrt bestehenden Vorschriften (§§. 1620—1741. Thl. II. Tit. 8. A. L. R.) und erst so weit diese nicht ausreichen oder die eigenthümlichen Verhältnisse der Seeschiffahrt deren Anwendung auf die Stromschiffahrt ausschließen, nach §§. 869—920. Thl. I. Tit. 11. zu beurtheilen.

Von der letzten Ausnahme-Alternative hat nun der Appellations-Richter, welcher auf Grund derselben die Anwendbarkeit jener Paragraphen ausschließt, einen Gebrauch gemacht, der nicht zu rechtfertigen ist, und diese ganze Rechtsmaterie einer großen richterlichen Willkür Preis geben würde. Denn augenscheinlich können nur solche Vorschriften unter der Ausnahme verstanden werden, deren Inhalt von der Art ist, daß er nur auf die eigenthümlichen Verhältnisse der Seeschiffahrt anwendbar erscheint. Dies liegt hier nicht vor, die Anwendbarkeit derjenigen besonderen Entschädigung, welche die allegirten Paragraphen im Falle der Fautfracht und der Verzögerung vorschreiben, auf Stromfrachten, leuchtet ein, und wenn die Gesetze von der Nichtgewährung resp. Zurücknahme der Ladung überhaupt, wenn sie von jeder Art des Zufalls reden, so umfaßt dies in seiner Allgemeinheit alle Eventualitäten, die auf diesem Gebiete auch in der Stromschiffahrt möglich sind. Der Richter war also an sich schon nicht berechtigt in Ansehung des Einfrierens eine Ausnahme zu machen, er stellt sich dabei auf den Standpunkt der Kri-

tik des Gesetzes, er führt im Grunde nur aus, daß die Anwendung der gedachten Vorschriften auf die Stromschiffahrt unpassend sei, daß sie also auf dasselbe vom Gesetzgeber nicht nicht hätten ausgedehnt werden sollen. Die Gründe dieser Kritik können aber auch keinesweges für zutreffend erachtet werden. Denn wenn, wie der zweite Richter bemerkt, nur die Ränder der See, wenn insbesondere die Flüsse, in welchen die meisten Seehäfen liegen, zufrieren, so kann das Einfrieren eines im Hafen liegenden Schiffs gerade so gut Hinderniß einer Seereise, als einer Stromreise werden, mag auch wirklich die hohe See stets fahrbar sein. Die Unterbrechung von mehreren Monaten, welche durch dies Einfrieren die Fahrt des zugeladenen Schiffs erleidet, kann den Conjuncturen nach, rücksichtlich der Bestimmung der Ladung für den Befrachter ganz von derselben gewichtigen Bedeutung sein, bei der Seereise, wie bei der Stromreise. Die Erwägung des zweiten Richters: daß der Befrachter bei der letzten ja den Landweg wählen könne, greift nur in dem Falle Platz, wenn die Conjunctur und zugleich die Landtransportmittel von der Art sind, daß die Ladung den Landweg werth ist. Sonst muß der Befrachter auch bei der Stromschiffahrt vernünftigerweise warten, bis sie wieder offen ist. Wenn nun der mögliche Nachtheil des Befrachters bei der Fortdauer des Frachtcontracts von dem Gesetzgeber für keinen hinreichenden Grund gehalten worden ist, um bei der Seefracht den Befrachter zur Aufhebung des Geschäfts zu ermächtigen, so ist nicht einzusehen, warum es bei der Stromfracht anders sein sollte. Die Möglichkeit des Einfrierens liegt hier wie dort bei einem im November geschlossenen Frachtcontract vor, und da sowohl Befrachter als Schiffer jene Möglichkeit kennen, so durfte das Gesetz von dem ersten wohl voraussetzen, daß er, wollte er derselben

Einfluß auf die Gültigkeit des Geschäfts verstatten, dieses in dem Frachtcontract stipuliren werde.

Die Argumentation des Richters, daß ein Schiffer, der in einer so späten Jahreszeit den Frachtcontract schließe, sich allen nachtheiligen Folgen, die dies für ihn haben könne, unterwerfen müsse, entbehrt der Begründung und erscheint willkürlich. --

Mag indessen wirklich einiger Unterschied obwalten, jedenfalls ist derselbe, wie schon bemerkt, nur für den Gesetzgeber von Einfluß; daß aber das gegebene Gesetz, die §§. 1643. 1652. 1681. Thl. II. Tit. 8. an sich auch auf Stromschiffahrt anwendbar sind, ist vom Ober-Tribunal schon oft ausgesprochen worden.*)

Der zweite Richter fügt außer der hiernach gesetzwidrigen Verwerfung der Anwendbarkeit der Seegesetze, noch den zweiten Grund hinzu, daß auch nach diesen Gesetzen die Entscheidung sich rechtfertige zufolge §. 1686 ff. Er hat jedoch, wie Implorant mit Recht rügt, dies Gesetz zu Unrecht hier angewandt. Dasselbe handelt von dem Falle, wenn durch einen dergleichen Zufall (Krieg) (§§. 1683—1685.) die Handlung oder Fahrt nach dem Losungsplatze unterbrochen wird. Da läuft der Schiffer in den nächsten sichern Hafen ein, und da nun die Reise nur theilweise geschehen ist, so kann der Schiffer nur, im Falle er zurückberufen oder ihm ein anderer Losungsplatz bestimmt worden, eine „nach Verhältniß der bedungenen gegen die wirklich zurückgelegte Reise billig mäßig erhöhte oder heruntergesetzte Fracht fordern.“ — §. 1691. — Die §§. 1687—1690. zeigen schon, daß hier Kriegsfälle vorzüglich gemeint sind; abgesehen davon, setzt die Anwendung des §. 1691. voraus, daß

*) Entscheid. Bd. 20 S. 368. Bd. 31. S. 417.

ein Theil der Reise wirklich zurückgelegt, der Schiffer auf derselben in einen Hafen eingelaufen ist. Von dem Allen ist hier nicht die Rede. Der Schiffer mußte, nachdem er nur bis Schwarzort, 3 Meilen weit, gekommen war, nach dem Abfrachteorte Memel, des Frostes wegen, zurückkehren, er hat also die Reise auch nicht theilweise zurückgelegt.

Der Fall der „Distanzfracht" liegt nicht vor und Klägerin hat darauf die Klage auch nicht gegründet, da sie jenes Auslaufen des Schiffs, das Verklagter selbst nur in eventum zur Sprache brachte, in der Klage gar nicht einmal erwähnt, und die Sache so dargestellt hat, als sei der Kahn in Memel liegen geblieben. So verhielt sich auch, trotz jenes fruchtlosen Versuchs die Fahrt zu beginnen, die Sache in der That, so daß der auf eine Distanzfracht für eine Fahrt bis Schwarzort erhobene Beweis durch Sachverständige, keinen Anhalt in dem erhobenen Anspruche selbst hatte, da Klägerin für diese theilweise Reise die Vergütung von 80 Thlrn. nicht eingeräumt hatte, sondern als Entschädigung für das Rückgängigwerden des Frachtvertrages, zu welchem sie sich berechtigt hält.

Schon wegen dieser unrichtigen Anwendung der §§. 1686 ff. ist eine Vernichtung motivirt, zugleich aber auch — und dies trifft zugleich die Sache selbst — weil der Richter die §§. 1643. und 1652. für nicht anwendbar erklärt hat. —

Nach den Connoissementen ist dem Verklagten eine Zeit innerhalb deren die Reise zu beendigen sei, gar nicht bestimmt, es ist auch nicht, wie dies namentlich wohl in den Ostpreußischen Häfen vorzukommen pflegt, eine niedere Fracht für den Fall, daß die Reise erst im Frühjahr werde unternommen werden können, festgesetzt. Die Antretung der Reise litt keinen Anstand, sobald das Naturhinderniß des

Frostes gehoben war. Verklagter war vermöge seines Contracts verpflichtet, und zugleich berechtigt, diese Reise gegen die vereinbarte Fracht vorzunehmen. Wollte Klägerin, wie dies geschehen ist, das Gut zurücknehmen, so konnte Verklagter ihr diese Handlung nicht wehren, sie stand aber, wie dies in der Natur der Sache liegt, und noch unlängst vom Ober-Tribunal ausgesprochen ist*), ganz dem Nichtaufgeben der Ladung gleich, der Fautfracht, wie dies §. 1652. a. a. O. ausdrücklich anordnet, und die Folgen des §. 1643., d. h. mindestens die Zahlung der halben Fracht als Entschädigung des Schiffers, dabei eintreten läßt. Welche Gründe den Befrachter bestimmten, das Gut zurückzunehmen, ist für den Schiffer, sofern er selbst dabei keine Schuld hat, gleichgültig.

Daß aber die Verzögerung der Reise keinen Grund zur Aufhebung des Contracts giebt, sagt der §. 1681. ausdrücklich und zwar auch für den Fall, wenn sie durch „dergleichen oder irgend einen anderen Zufall ohne Schuld des Schiffers oder der Befrachter veranlaßt wird", und ordnet an, daß der errichtete Vertrag bei Kräften bleibe.

Der §. 1702. a. a. O., auf den Klägerin analog sich bezieht, paßt hier gar nicht, da er von einem auf der Reise durch Schadhaftigkeit des Schiffes eingetretenen Aufenthalt redet. Das Einfrieren fällt offenbar unter die Kategorie des Zufalls. (§. 1681.)

Daß es in vorliegendem Falle etwa einer Protesterhebung bedurft hätte, wie bei der nicht eingelieferten Ladung (§. 1639.), hat Klagerin selbst nicht replicirt, und es ist dies auch in §. 1652., der nur auf §. 1643., nicht auf §. 1639. verweist, nicht vorgeschrieben. Der Protest hat

*) Entscheid. Bd. 32. S. 418.

nur die Tendenz, die rechtzeitige Bereitschaft des Schiffers an Ort und Stelle zu constatiren. Dessen bedarf es nicht, wenn die Waare völlig eingeladen war und wieder zurückgenommen wird. In casu vollends hatte Klägerin selbst auf Rückgabe geklagt, und in Gefolge dieser Klage ist, wie die Parteien zu Protocoll erklärt haben, die Rückgabe erfolgt. Die Thatsache der vollendeten Rücknahme steht also ganz fest, und zugleich hatte der Schiffer vorher, in der Klagebeantwortung, die Forderung der halben Fracht ausdrücklich geltend gemacht. Durch diese processualischen Erklärungen ist mehr, wie durch einen Protest der Eintritt der Voraussetzung des §. 1652. constatirt.

In der Sache selbst hat Verklagter einen Vorschuß von 540 Thlrn., also da die ganze Fracht 1088 Thlr. 16 Sgr. 4 Pf. betrug, weniger als die Hälfte erhalten, da ihm nun nach Vorstehendem die Hälfte der Fracht als gesetzliche Entschädigung zukommt, so ist die Zurückforderung des Vorschusses unbegründet.

Die Forderung der halben Fracht (§. 1643.) greift nicht Platz, wenn der Schiffer innerhalb 14 Tagen nach eingelegtem Protest, also im Falle des §. 1652., nach zurückgenommener Ladung, andere Ladung hat erhalten können. Es gehört dieses zum Gegenbeweise des Befrachters. Klägerin hat aber nicht einmal eine Behauptung in dieser Beziehung aufgestellt, und kann daher darauf keine Rücksicht genommen werden.

Dadurch rechtfertigt sich die Abweisung der Klage.

№ 37.

Westphalen. Doppel-Versicherung.

Schließt der §. 11. des Reglements für die Provinzial-Feuer-Societät der Provinz Westphalen vom 5. Januar 1836, die Untersuchung der Frage aus: ob der Versicherte im Falle einer Doppelversicherung in bösem Glauben oder aus einem vertretbaren Versehen gehandelt hat?

Reglement für die Provinzial-Feuer-Societät der Provinz Westphalen vom 5. Januar 1836 (G. S. S. 51.) §. 11. A. L. R. Thl. II. Tit. 8. §§. 2002. und 2003.

Der Colon O. hatte seine Gebäude Nr. 22/17a. b. und Nr. 90/93. bei der Westphälischen Provinzial-Feuer-Societät gegen Feuersgefahr versichert. Er behauptet, im Jahre 1850 die Anzeige seines Austrittes aus der Societät mit sämmtlichen Gebäuden auf dem Bürgermeister-Amte zu R. bei einem dortigen Secretär gemacht zu haben, und hat sich bezüglich derselben Gebäude seit dem 1. Januar 1851 dem Privat-Feuerversicherungs-Vereine zu R. associirt. Das Gebäude Nr. 90/93. wurde jedoch im Cataster der Westphälischen Feuer-Societät nicht gelöscht, und wurden auch von derselben die ferneren Beiträge für das Jahr 1851 von dem Colonen O. erfordert. Da er auf die dieserhalb bei dem Rendanten L. eingezogene Erkundigung über die Veranlassung der Zahlungsaufforderung Gewißheit nicht erlangt, will er auf die Vermuthung gekommen sein, entweder, daß die Beiträge noch auf ein Jahr nachgezahlt werden müßten, oder daß ein Versehen vorgefallen sei, dessen

Wirkungen mit dem Jahre 1851 von selbst ihre Endschaft erreichen würden. Als aber gegen Ende Januar 1852 wiederum Beiträge von der Westphälischen Feuer-Societät verlangt wurden, will er seinen Austritt aus dieser Societät nochmals angezeigt haben. In Folge dessen ist die Löschung in dem Cataster der genannten Societät mit Ende December 1852 erfolgt. Im December desselben Jahres ist das Gebäude Nr. 90/93. abgebrannt; sowohl der Privat-Feuer-Versicherungs-Verein zu N., als auch die Westphälische Provinzial-Feuer-Societät verweigerten jedoch die Zahlung der Brandentschädigungs-Gelder. Der Colon O. fand sich deshalb veranlaßt, gegen die zuletzt genannte Societät auf Zahlung der in separato zu ermittelnden Brandvergütigungs-Gelder zu klagen, welchem Anspruche diese den auf §. 11. des Reglements für die Provinzial-Feuer-Societät der Provinz Westphalen vom 5. Januar 1836 gestützten Einwand: des Verlustes des Rechts auf die Brandentschädigungs-Gelder, wegen Doppelversicherung, entgegensetzte.

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Münster vom 30. October 1854 und des dortigen Appellations-Gerichts vom 5. Mai 1855 wurde auch der Kläger mit seiner Klage abgewiesen. Auf die von ihm eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der vierte Senat des Ober-Tribunals mittelst Urtels vom 3. April 1856 die Appellations-Entscheidung vernichtet und in der Hauptsache die Aufnahme des Beweises darüber angeordnet:

daß der Kläger im Jahre 1850 seinen Austritt aus der verklagten Societät mit seinen sämmtlichen Gebäuden auf dem Bürgermeister-Amte zu N. einem dortigen Secretär angezeigt, daß er sich nach Empfang der Aufforderung zur Zahlung der Beiträge pro 1851 über die Veranlassung dazu bei dem Empfänger L. vergeblich erkundigt und aus

seinem Beitritt zum Privat-Versicherungs-Vereine zu N.
kein Geheimniß gemacht habe.

G r ü n d e.

Der §. 11. des Reglements für die Provinzial-Feuer-Societät der Provinz Westphalen vom 5. Januar 1836 bestimmt:

Es steht zwar jedem frei, seine Gebäude nach Gutbefinden auch anderswo als bei der Provinzial-Feuer-Societät gegen Feuersgefahr zu versichern; kein Gebäude aber, welches anderswo schon versichert ist, kann bei der Provinzial-Feuer-Societät, weder ganz, noch zum Theil, aufgenommen und kein Gebäude, welches bei der Provinzial-Feuer-Societät bereits versichert ist, darf auf irgend eine andere Weise nochmals, es sei ganz oder zum Theil, versichert werden.

Findet sich zu irgend einer Zeit, daß ein Gebäude, dieser Bestimmung entgegen, noch anders versichert ist, so wird dasselbe nicht allein in den Catastern der Provinzial-Feuer-Societät gelöscht, sondern es ist auch der Eigenthümer im Fall eines Brandunglücks der ihm sonst aus derselben zukommenden Brandvergütigung verlustig, ohne daß gleichwohl seine Verbindlichkeit zu allen Feuer-Kassen-Beiträgen bis zum Ablauf des Jahres, in welchem die Ausschließung erfolgt, eine Abänderung erleidet, und die Societät ist überdem verpflichtet, den Fall zur näheren Bestimmung darüber, ob Grund zur Criminal-Untersuchung wegen intendirten Betruges vorhanden sei, dem competenten Gerichte von Amtswegen anzuzeigen.

Der Appellations-Richter hat diese Bestimmung dahin aufgefaßt, daß sie im Fall einer bestehenden doppelten Versicherung desselben Gebäudes allgemein und ohne Unterschied zur Anwendung zu bringen sei, und sich deshalb der Unter-

suchung der Frage nicht unterzogen, ob und in wiefern dem Versicherten dabei ein schuldbares Verfahren beizumessen. Dies ist nicht richtig. Es ist zwar anzuerkennen, daß in dem §. 11. Dolus und culpa lata als nothwendige Voraussetzung nicht ausdrücklich erkennbar gemacht sind, daraus folgt aber an sich noch nicht, daß bei Anwendung des §. 11. nicht sollte zwischen einer schuldbaren Handlungsweise des Versicherten, oder zwischen dolus und den verschiedenen Graden der culpa unterschieden werden dürfen. Die Natur des Versicherungs-Vertrages im Allgemeinen schließt einen solchen Unterschied noch nicht von selbst aus; es könnte im Gegentheil abnorm erscheinen, wenn derselbe bei dieser Art der Verträge keine Beachtung finden sollte, während er doch in der Vertrags-Theorie überhaupt, unter welcher im Allgemeinen ja auch die Versicherungs-Verträge stehen, Geltung hat.

Die Bestimmung des §. 11. ist aber nicht losgetrennt von der allgemeinen Gesetzgebung über die Versicherungen aufzufassen; sie hat in dieser ihre Grundlage, und ist, soweit sie nicht etwas Abweichendes enthält, in ihren unbestimmt gelassenen Theilen aus dieser allgemeinen Gesetzgebung zu erläutern und zu ergänzen. Ist dies zulässig, so ergiebt sich die Ausführung des Appellations-Richters als nicht haltbar; denn nach den §§. 2002. und 2003. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. wird im Fall der doppelten Versicherung gerade dem Unterschiede, ob Vorsatz, grobes oder mäßiges Versehen vorwaltet, ein sehr erheblicher Einfluß auf die Wirkungen der Doppelversicherung beigelegt, und es ergiebt sich daraus, daß die Frage, ob der Versicherte in dolo oder in einem vertretbaren oder nicht vertretbaren Versehen sich befindet, nicht bei Seite liegen gelassen werden darf.

Die angefochtene Entscheidung unterliegt hiernach wegen Verletzung des §. 11. des Reglements der Vernichtung. In der Sache ist der Beweis aufzunehmen.

№ 38.

Kirchenbaulast nach Magdeburgischem Provinzialrecht.

Nach Magdeburgischem Provinzial-Rechte muß, wenn das Kirchenvermögen zum Bau und zur Unterhaltung der Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäude nicht hinreichend ist, der Patron die Hauptmaterialien an Holz, Kalk und Steinen liefern, alle übrigen Baumaterialien, so wie das Arbeitslohn, nebst den dazu erforderlichen und darunter begriffenen Zuthaten an Eisen, Glas, Blei, Kacheln zum Ofen müssen, außer den Hand- und Spanndiensten, von den Eingepfarrten aufgebracht werden. Präjudiz 2677.

Revidirte Kirchen-Ordnung für das Herzogthum Magdeburg und die Grafschaft Mansfeld vom 9. Mai 1739. Cap. XXVI. §§. 1. und 6.

Decisiv-Rescript vom 31. August 1725. (Anhang zur Kirchen-Ordnung Nr. LXI.

Verordnung vom 11. Februar 1711. Myl. CC. Thl. V. Abth. I. S. 433.

Decisa der Gesetz-Commission vom 2. August 1782 und vom

24. Januar 1789 (Klein's Annalen Bd. I. S. 43. und Bd. VI. S. 292.

Auf Anordnung der Königlichen Regierung zu Merseburg wurde im Jahre 1846 mit dem Neubaue des Pfarrhauses der unter Königlichem Patronat stehenden St. Laurentius-Kirchengemeinde zu Halle begonnen, und nach Vollendung des Baues von derselben bei der Unzulänglichkeit des Kirchenvermögens eine Repartition der Baukosten dergestalt angelegt, daß dem Königlichen Fiscus, als Patron, die Hauptmaterialien, Holz, Kalk und Steine, den Eingepfarrten dagegen das Arbeitslohn und die übrigen sogenannten Nebenmaterialien zur Last gelegt wurden. Den auf die Letzteren repartirten Gesammtbetrag will der Magistrat zu Halle mit 2394 Thlr. 24 Sgr. 9 Pf. aus der Stadtkasse gezahlt haben. — Durch den bei dieser Repartition befolgten Grundsatz, wonach den Eingepfarrten neben dem Arbeitslohne auch noch die Kosten der s. g. Nebenmaterialien auferlegt wurden, hält er indessen die Stadtgemeinde beeinträchtigt, weil, wie er meint, nach Cap. 26. §. 6. der revidirten Kirchen-Ordnung für das Herzogthum Magdeburg vom 9. Mai 1739, dem Patron die Materialien ohne Unterschied, mithin sämmtliche, folglich auch die Nebenmaterialien zur Last fielen. — Er hat deshalb aus der Rechnung die s. g. Nebenmaterialien ausgezogen, deren Betrag mit 540 Thlr. 6 Sgr. 3 Pf. zusammengestellt und diesen nebst 5 Procent Zinsen von der im künftigen Erkenntnisse bestimmten Zahlungszeit an, Namens der Stadtgemeinde gegen den Fiscus eingeklagt.

Dieser widersprach dem Antrage, weil nach einer richtigen Interpretation des allegirten Gesetzes, und nach constanter früherer Praxis die Verpflichtung der Eingepfarr-

ten, bei Kirchen- und Pfarrbauten auch die Kosten der s. g. Nebenmaterialien zu tragen, nicht zweifelhaft sei, und weil, auch abgesehen hiervon, namentlich in der Neumarkt- oder St. Laurentius-Parochie zu Halle, diese Verpflichtung schon seit dem Jahre 1764 durch Observanz feststehe, und noch seit dem Jahre 1821 in 16 verschiedenen namhaft gemachten Fällen ohne Widerspruch zum Grunde gelegt worden sei.

Die Klägerin bestritt sowohl das Bestehen der behaupteten Observanz, als auch die Richtigkeit der dem §. 6. Cap. 26. der fr. Kirchenordnung von dem Verklagten gegebenen Auslegung, die sie zu widerlegen sich bemühte.

Das Kreisgericht zu Halle hat hierauf durch Erkenntniß vom 10. September 1855 den verklagten Fiscus für schuldig erachtet:

der klägerischen Stadtgemeinde die von derselben bei dem im Jahre 1852 vollendeten Neubau des Pfarrhauses der St. Laurentius-Kirchengemeinde verlegten Kosten für Nebenmaterialien, deren Feststellung in quantitativer Hinsicht einem Separat-Verfahren vorbehalten wurde, zu erstatten. —

Der Verklagte appellirte. Der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Naumburg bestätigte indessen unter dem 3. April 1856 das erste Erkenntniß, indem er nicht nur die streitige Verbindlichkeit des Patrons zur Tragung der s. g. Nebenmaterialien nach dem Magdeburgischen Provinzialrechte begründet fand, sondern auch die behauptete entgegenstehende Observanz für unerheblich erachtete.

Der verklagte Fiscus hat dieses Erkenntniß in beiderlei Beziehung mittelst der Nichtigkeits-Beschwerde angegriffen. Der erste Senat des Ober-Tribunals hat durch Erkenntniß vom 19. December 1856 das Appellations-Urtel

wegen seiner Beurtheilung der vom Verklagten behaupteten Observanz aus Gründen, auf welche es hier nicht weiter ankommt, vernichtet, und in der Sache selbst unter Abänderung des ersten Erkenntnisses die Klägerin mit der erhobenen Klage abgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen.

Unbestritten ist das Kirchenvermögen zur Aufbringung der fr. Baukosten unzulänglich. Der Anspruch der Klägerin auf Erstattung der von ihr verlegten Kosten der s. g Nebenmaterialien, zum Neubau des Pfarrhauses der St Laurentius-Kirchengemeinde zu Halle, ist lediglich auf das Magdeburgische Provinzialrecht, und namentlich auf die revidirte Kirchen-Ordnung des Herzogthums Magdeburg und der Grafschaft Mansfeld vom 9. Mai 1739 Cap. 26. §. 6. gegründet. Bei näherer Betrachtung steht dasselbe jedoch dem Anspruche nicht zur Seite.

Die ältere Magdeburger Kirchen-Ordnung von 1685 Cap. 24. hatte in den §§. 1—6. den Patronen überhaupt keinen Beitrag zu den Baukosten der kirchlichen Gebäude auferlegt. Hiernächst erging das, allerdings seiner Veranlassung nach nicht ganz klare Decisiv-Rescript vom 31. August 1725. (Anhang zur revidirten Kirchen-Ordnung Nr. LXI.) Hier heißt es:

> Wie Wir nun in allen Unsern Provinzien Allergnädigst verordnet ꝛc., daß, wo der Kirchen eigne Mittel nicht zulänglich, die nöthigen Baukosten zu fourniren, der Patronus allemahl gehalten sein soll, die Materialien dazu herzugeben, also befinden wir auch ꝛc. ꝛc.

Nachdem nun in der revidirten Kirchen-Ordnung von 1739 Cap. 26. im §. 1. bestimmt worden:

> daß die Gebäude der Kirchen, Prediger- ꝛc. Häuser von jeder Kirchen Einkommen, und da solche nicht zureichen,

von den Zuhörern und Eingepfarrten jedes Orts, vermittelst einer gemeinen billigen und gleichmäßigen Anlage in Dachung und sonsten in guten Bau und Besserung erhalten werden sollen rc.

enthält der §. 6. für den Fall, daß die Gebäude zu bessern nicht mehr tauglich rc. folgende Bestimmung mit ausdrücklicher Allegirung des Decisiv-Rescripts vom 31. August 1725:

Was Hauptgebäude betrifft, davon soll Unserer Regierung und Consistorio berichtet und Verordnung eingeholt werden. Wie denn von Uns dieserhalb in allen Unsern Provintzien allergnädigst verordnet und festgesetzt worden, daß, wo der Kirchen eigne Mittel nicht zulänglich, die nöthigen Baukosten zu fourniren, der Patronus allemahl gehalten sein soll, die Materialien dazu herzugeben rc., als womit es ebenfalls an denen Orten, wo Wir höchstselber das jus patronatus haben, solchergestalt und also gehalten werden soll.

In dieser Bestimmung handelt es sich also nur um Materialien zu den Hauptgebäuden. Daß die grammatische Interpretation des Wortes „Materialien" der Auslegung des Fiscus geradezu entgegenstehe, läßt sich nicht behaupten. Es kommt dabei auf den Sprachgebrauch vom Jahre 1739 an. Dieser ist nirgends festgestellt. Nach Adelung's Wörterbuch Bd. 3. S. 107. versteht man unter „Materialien" den zu einer Arbeit nöthigen rohen Stoff, und unter „Baumaterialien" — und um diese, und zwar zu den „Hauptgebäuden", handelt es sich hier — Holz, Kalk und Steine. — Viele Dinge, welche zur Herstellung eines Wohngebäudes erforderlich, bei anderen aber, wie bei Ställen, Scheunen u. s. w. zum Theil entbehrlich sind, wie Krampen, Fensterglas und Blei, Ofenkacheln rc.

wird Niemand im gemeinen Leben generell als Baumaterialien bezeichnen.

Schon hiernach folgt also aus dem gebrauchten Worte „Materialien" noch nicht die Verpflichtung des Patrons zur Lieferung auch der s. g. Nebenmaterialien, welche ohnehin selten ein roher Stoff, und meist selbst Fabrikate sind. Es kommt dazu, daß im §. 6. a. a. O. sowohl, als in dessen ausdrücklich allegirter Quelle, dem Decisiv-Rescripte vom 31. August 1725, die Absicht, als Motiv und Zweck des Gesetzgebers, ganz deutlich ausgesprochen ist, die Baupflicht des Patrons und der Eingepfarrten bei kirchlichen Gebäuden auf ganz gleiche Weise wie in allen übrigen Königlichen Provinzen festzusetzen, das in diesen Provinzen damals in Betreff dieser Verpflichtung bereits bestehende Recht also auch in das Herzogthum Magdeburg, wo die Verhältnisse im Wesentlichen dieselben waren, einzuführen. Dieses dort geltende Recht muß demnach wesentlich zur Interpretation des §. 6. a. a. O. dienen, besonders dasjenige, welches in den dem Herzogthum Magdeburg zunächst benachbarten Provinzen, also den Marken, namentlich der Altmark, damals bestand. Nun ist aber in der nur wenige Jahre vor dem allegirten Decisiv-Rescripte für die Marken ergangenen Verordnung vom 11. Februar 1711, unter Bezugnahme auf die Königlichen Verfügungen vom 11. December 1710 und 10. Januar 1711, (Myl. C. C. K. Thl. I. Abthl. 1. S. 433. Nr. 78.) bestimmt worden:

daß, was die Reparation der Kirchen- und Pfarrgebäude betrifft, es bei der bisherigen Observanz zwar dergestalt verbleiben solle, daß die Patroni alle Materialien an Holz, Steine, Kalk und dergleichen anschaffen, die Unterthanen aber die Gespann- und andere Handdienste dabei prästiren sollen. Was ferner das Arbeitslohn für die

Handwerker, oder was sonsten an Gelde beizutragen **sein** möchte, anlangend, deshalb soll die Repartition **zwischen** den Eingepfarrten dergestalt geschehen, daß &c.

Auf die hier gebrauchten Worte: „und **dergleichen**" ist um so weniger Gewicht zu legen, als dieselben in der hierauf folgenden Stelle, wo von den Fällen, wenn **Fiscus** Patron ist, die Rede ist, nicht nur fehlen, sondern auch die gleiche Verpflichtung des Patrons, mag es **Fiscus** oder ein Privater sein, ausgesprochen ist, indem es hier heißt:

> daß, wenn die Kirchenmittel zum Bau oder zur Reparation derselben nicht zureichend seien, die Materialien dazu auf gleiche Weise wie bei anderen Privatpersonen, die das jus patronatus haben, es Herkommens ist, an Stein, **Kalk** und an Holz unentgeltlich gereicht werden solle.

Hiernach ist also die den Patronen obliegende Materialien-Lieferung in den Marken ausdrücklich auf Holz, Steine und Kalk beschränkt, und das: „was sonsten an Gelde beizutragen sein möchte," lediglich den Eingepfarrten auferlegt worden.

Nach dem Vorstehenden ist daher anzunehmen, daß die Kirchen-Ordnung von 1739 im Cap. 26. §. 6. auch für das Herzogthum Magdeburg etwas Anderes nicht festsetzen wollte. Dem zufolge hat denn auch, auf die Anfrage der damaligen Regierung zu Magdeburg, vom 1. Juli 1782, die Gesetz-Commission laut decisum vom 2. August ejusd. festgesetzt:

> daß bei erforderlichen Kirchen- und Pfarrbauten und Reparaturen im **Magdeburgischen**, bei Unzulänglichkeit des Kirchenvermögens, die **eingepfarrte Kirchengemeinde** das Arbeitslohn aufzubringen verbunden. (Klein's Annalen I. S. 43.)

worüber in der revidirten Kirchen-Ordnung etwas Specielles **nicht** festgesetzt worden war. Nun ist zwar in die-

sem Conclusum über die Grenzen der Verpflichtung des Patrons ausdrücklich nichts entschieden, indessen fehlte es auch damals an jeder Veranlassung dazu, da darüber kein Streit war, und in dem Eingange der vorausgeschickten species facti erzählt wird, daß der Patron zu den erforderlichen Hauptreparaturen, und zwar aus seinen eigenen Mitteln, die hauptsächlichsten Baumaterialien liefere. (S. 40. ebend.) Der s. g. Nebenmaterialien wurde hierbei gar nicht gedacht. Es scheint also als unzweifelhaft angesehen zu sein, daß sich die Verbindlichkeit des Patrons auf die Lieferung der hauptsächlichsten Baumaterialien, Holz, Kalk und Steine beschränke. — Erheblich in dieser Beziehung ist denn auch das decisum der Gesetz-Commission vom 24. Januar 1789, bestätigt den 2. Februar ejusd. (Klein's Annalen. Bd. 6. S. 292.):

> daß zu den Bau und Reparaturen der Pfarr- und Küstergebäude die Patronen an Materialien nichts weiter als Holz, Stein und Kalk, die Eingepfarrten aber außer den zu leistenden Hand- und Spanndiensten, Stroh, Rohr und Lehm, und das Arbeitslohn nebst den dazu erforderlichen und darunter begriffenen Zuthaten an Eisen, Glas, Blei und Kacheln zum Ofen zu entrichten verbunden, falls nicht ein anderes auf rechtsbeständige Art in einem oder dem anderen Orte eingeführt worden.

Dieses decisum ist zwar auf eine Anfrage des Altmärkischen Obergerichts zu Stendal und offenbar mit Rücksicht auf die derselben zum Grunde liegende Märkische Verordnung vom 7. Februar 1711 ergangen, findet daher direct auf das Herzogthum Magdeburg nicht Anwendung. Aber abgesehen auch von der oben bemerkten indirect zur Interpretation dienenden Anwendbarkeit der gedachten Verord-

nung, enthält doch jenes decisum eine ganz allgemeine authentische Declaration des Begriffs: „Arbeitslohn," indem es bestimmt:

daß die Zuthaten an Eisen, Glas, Blei und Kacheln zum Ofen unter dem Arbeitslohne begriffen sind, und dazu gehören.

In dieser Beziehung ist das decisum vom 24. Januar 1789 daher auch für das Herzogthum Magdeburg maaßgebend. Die Gesetz-Commission setzte dadurch zugleich fest, was sie unter dem „Arbeitslohn," welchen sie in ihrem früheren, für das Herzogthum Magdeburg ergangenen decisum vom 2. August 1782, den Eingepfarrten auferlegt hatte, verstanden hat und verstanden wissen wollte. Es braucht daher nicht einmal auf die Schwierigkeit hingewiesen zu werden, welche sich in den meisten Fällen, wo die Zuthaten von dem Handwerker hergegeben, selbst schon ein Fabricat, und von ganz unbedeutendem Werthe sind, der Trennung der Zuthaten von dem Arbeitslohne entgegenstellen würde.

Wenn nun hiernach schon die revidirte Kirchen-Ordnung von 1739 dem klägerischen Anspruche nicht zur Seite steht, so wird derselbe ganz entschieden widerlegt, durch die constante Interpretation, welche von jeher von den Gerichts- und Verwaltungsbehörden, in dem vom Verklagten behaupteten Sinne, dem §. 6. a. a. O. und zwar in dem zum Magdeburger Regierungsbezirke gehörenden Theile des Herzogthums Magdeburg bis zum Jahre 1827 und im Saal- und Mansfelder Kreise noch länger gegeben worden ist. Denn als am Ende des vorigen Jahrhunderts der alte Entwurf des Magdeburger Provinzial-Rechts berathen wurde, waltete zwischen der damaligen Regierung und den ständischen Deputirten keine Meinungs-Differenz ob, vielmehr war man einstimmig der Ansicht: daß nach Magdeburgi-

schem Provinzial-Recht der **Patron** nur die **Hauptmaterialien** an Holz, Kalk und Steinen zu liefern, die **Eingepfarrten** aber außer den Hand- und Spanndiensten die **Nebenmaterialien** (Stroh, Rohr, Lehm, Eisen, Glas, Blei, Kacheln u. s. w.) und das Arbeitslohn zu bezahlen hätten (vergl. revidirter Entwurf von 1841 Motive S. 216). In diesen alten Entwurf ist denn auch demzufolge im Zusatze 394. Nr. 2. eine solche Bestimmung aufgenommen worden, dieser Entwurf selbst aber, nachdem er am 20. December 1804 dem Justiz-Departement eingereicht, der Gesetz-Commission zur Begutachtung vorgelegt, und deren Gutachten am 13. September 1805 erstattet worden, — in Folge der Kriegsereignisse im Jahre 1806 — liegen geblieben, ohne Gesetzeskraft erlangt zu haben. In dem bei Gelegenheit der damaligen Berathungen von dem, als bewährten Kenner des Magdeburgischem Provinzial-Rechts bekannten Präsidenten v. Klewenow verfaßten Berichte des dortigen Consistorii, vom 16. October 1800, ist bezeugt:

> In hiesiger Provinz ist auf Grund der Magdeburgischen Kirchen-Ordnung Cap. 26. §§. 1. und 6, des Decisiv-Rescripts vom 31. August 1725 und der Entscheidung der Gesetz-Commission vom 2. August 1782, **Rechtens**, daß, so lange die Kirchen-Aerarien zulänglich sind, daraus die Kirchen-, Pfarr- und Schulgebäude gebauet und gebessert werden, bei deren Insufficienz aber der Patron die Hauptmaterialien, und die Eingepfarrten die Nebenmaterialien, wozu nach dem deciso der Gesetz-Commission vom 24. Januar 1789 Stroh, Rohr und Lehm nebst den Zuthaten an Eisen, Glas, Blei und Kacheln zu den Oefen gehören, und das Arbeitslohn aufbringen (pag. 228. a. a. O)

Nach dieser Ansicht ist denn auch, wie S. 216. a. a. O.

bezeugt wird, unbestritten constant von den Gerichten, und namentlich auch von dem Ober-Tribunal z. B. in Sachen Paris wider Gemeinde zu Neumark im Jahre 1803, und in Sachen v. Veltheim wider die Gemeinde zu Harbke erkannt worden. Das in letzterer Sache ergangene vom 15. Juni 1801 datirte Erkenntniß hat die Gemeinde zur Hergabe der s. g. Zuthaten und Nebenmaterialien verurtheilt, und zwar nach den in den Relationen enthaltenen Gründen hauptsächlich deshalb:

> weil das Eisen, Glas, Blei von der Schlosser- und Glaserarbeit sich nicht absondern lasse, vielmehr unter dem Arbeitslohne begriffen sei, das decisum der Gesetz-Commission von 1782 auch keine neue Vorschrift sondern nur eine Bestätigung der Kirchen-Ordnung von 1739 enthalte, und weil deshalb die Gesetz-Commission 1789 concludirt habe, daß die unter dem Arbeitslohne begriffenen Zuthaten an Eisen ꝛc. von den Eingepfarrten mit zu entrichten seien.

Die erste, von dieser, mit Berücksichtigung des Decisiv-Rescripts von 1725, hundertjährigen constanten Praxis abweichende Entscheidung hat das Ober-Tribunal unter dem 8. November 1827 in Sachen der Gemeinde Gutenswegen wider Fiscum gefällt. Dieses Erkenntniß hat denn auch das im Jahre 1830 mit Ausarbeitung des dortigen Provinzial-Gesetzbuchs beauftragte damalige Oberlandes-Gericht zu Magdeburg mit veranlaßt, in seinem neuen Entwurfe vom 23. September 1831 §. 68. anzunehmen (v. Klewitz Motive S. 214.) „daß der Patron bei der Insufficienz des Kirchenvermögens sämmtliche Materialien ohne Unterschied liefern müsse," und demzufolge enthält der von Klewitz'sche Entwurf in den §§. 285 ff. denn auch ähn-

liche Bestimmungen. Derselbe bezeugt indessen gleichfalls (Motive S. 218 ff.):

> daß in früherer Zeit den gedachten Worten der Kirchen-Ordnung und des Decisiv-Rescripts entschieden die Interpretation gegeben sei, daß der Patron nicht sämmtliche, sondern ebenso wie in der Churmark, nur die Hauptmaterialien an Holz, Kalk und Steinen, alle übrigen Materialien aber die Gemeinde, außer den Diensten und dem Arbeitslohn zu liefern habe; daß, nach dieser Auslegung des Gesetzes, unbestritten noch in dem unter Verwaltung der Regierung zu Merseburg stehenden Theile der Provinz — und um diesen handelt es sich hier — verfahren werde; daß diese Auslegung aber in dem zum Regierungsbezirke Magdeburg gehörenden Theile in neuerer Zeit von den Eingepfarrten bestritten, und daß deshalb angestrengter Proceß auf Grund einer gegentheiligen Auslegung des Provinzialrechts durch drei Instanzen und zwar in der letzten von dem höchsten Gerichtshofe (im November 1827) zu ihren Gunsten entschieden und seitdem diese Entscheidung als gesetzliche Norm angesehen sei.

Klewitz selbst erklärt indessen die Bestimmung im §. 285. seines Entwurfs für sehr zweifelhaft (Thl. 4. S. 53. Note) und er hält die Frage:

> ob nicht der früher bestandene und theilweise noch bestehende factische Rechtszustand mit der vom höchsten Gerichtshofe angenommenen Auslegung des vorhandenen Provinzial-Gesetzes in Widerspruch stehe, und ob daher nicht eine andere gesetzliche Bestimmung nöthig sei?

als der Gesetzgebung angehörend. Er hat sich nur deswegen in seinem Entwurfe für die vorgedachte Ansicht erklärt, weil sie von dem höchsten Gerichtshofe judicando anerkannt sei. (S. 219. ebend.)

Das gedachte Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 8. November 1827 beschäftigt sich hauptsächlich mit der von der Gemeinde behaupteten Observanz, wonach sie von Entrichtung des Arbeitslohns frei sein wollte. Fiscus hat indessen auch 5 Thlr. 19 Sgr. für Nebenmaterialien von der Gemeinde eingezogen, und auch diese waren Gegenstand ihrer Klage. Durch jenes Erkenntniß ist nun allerdings Fiscus zur Erstattung dieser 5 Thlr. 19 Sgr. verurtheilt worden. Dasselbe stützt sich nach den Relationen darauf:

daß die Kirchen-Ordnung von 1739 Cap. 26. §. 6. dem Patrone allgemein die Hergabe der Materialien auflege, zwischen Haupt- und Nebenmaterialien nicht unterscheide; daß ubi lex non distinguit judicis quoque non est distinguere, der Patron daher verpflichtet sei, und daß das decisum der Gesetz-Commission vom 24. Januar 1789, weil es nur auf eine Anfrage des Altmärkischen Obergerichts zu Stendal ergangen, für das Magdeburgische nicht maaßgebend sei.

Diesen Gründen stehen die oben erörterten Bedenken entgegen. Darauf, daß die Kirchen-Ordnung a. a. O. und das Decisiv-Rescript vom 31. August 1825 ausdrücklich auf die diesfälligen übereinstimmenden Verordnungen und Festsetzungen in allen übrigen Königlichen Provinzen hingewiesen, also eine Uebereinstimmung mit diesen bezweckt hat, ist nicht Rücksicht genommen, und eben so wenig in den Relationen erwähnt und geprüft, daß seit frühester Zeit und bis dahin bei Auslegung des §. 6. a. a. O. die Gerichte und auch der höchste Gerichtshof immer gleichmäßig von entgegengesetzten Gründen ausgegangen sind. — Es kann daher nur angenommen werden, daß Fiscus, vielleicht der Geringfügigkeit des Streit-Objects (5 Thlr. 19 Sgr.) wegen, sich auf jene Momente gar nicht berufen, der er-

kennende Richter also keine Veranlassung hatte, dieselben zu berühren.

Deshalb kann jenes Judicat dem klägerischen Anspruche nicht unbedingt zur Seite stehen. Es hat denn auch bei den Conferenzen, welche vor dem Königlichen Commissarius unter Theilnahme der Abgeordneten der Königlichen Regierungen zu Magdeburg und Merseburg, und der ständischen Deputirten im December 1837 und Februar 1838 über den früheren Entwurf von 1831 stattgefunden haben, und aus welchen der, nach vorheriger Prüfung des Königlichen Justiz-Ministerii von diesem zusammengestellte, revidirte Entwurf des Magdeburgischen Provinzialrechts vom Jahre 1841 hervorgegangen ist, die in dem Judicate vom 8. November 1827 ausgesprochene Meinung entschiedenen Widerspruch gefunden. Als Resultat dieser Berathungen und der Prüfung des Königlichen Justiz-Ministerii hat der revidirte Entwurf folgende Bestimmungen als provinzialrechtlich geltend aufgestellt:

§. 291. Ist das Kirchenvermögen zur Bestreitung der Kosten zum Bau und zur Unterhaltung der Kirchengebäude ganz oder zum Theil nicht hinreichend, so muß der Patron die Hauptmaterialien an Holz, Kalk und Steinen liefern.

§. 292. Alle übrigen Baumaterialien aber, namentlich Stroh, Rohr und Lehm, sowie das Arbeitslohn nebst den dazu erforderlichen und darunter begriffenen Zuthaten an Eisen, Glas, Blei und Kacheln zum Ofen, werden außer den Hand- und Spanndiensten von den Eingepfarrten aufgebracht.

Dieser revidirte Entwurf entbehrt zur Zeit allerdings noch

der gesetzlichen Bestätigung. Die für die gedachten Paragraphen aufgestellten, wesentlich im Vorstehendem hervorgehobenen Gründe sind aber in den Motiven (S. 217 ff.) ausführlich vorgetragen, und so gewichtig und überzeugend, daß es nur der Hinweisung auf sie bedarf. Daß unter den bei den gepflogenen Berathungen zugezogenen ständischen Deputirten sich zwei Rittergutsbesitzer, also bei der Frage interessirte Patrone, befanden, ist gleichgültig, da, auch abgesehen von ihrer geringen Anzahl, eine Uebertragung der Regeln vom Beweise im Processe auf legislatorische Vorberathungen und Ermittelungen offenbar ganz unzuläßig sein würde.

Es hat zwar auch in einem Processe aus dem Merseburger Regierungsbezirke, in Sachen der Gemeinde zu Stadten wider die Rittergutsbesitzer Dörfflinger'schen Eheleute der erste Senat des Ober-Tribunals in dem Erkenntnisse vom 24. August 1839 ebenfalls angenommen:

> daß nach der revidirten Kirchen-Ordnung vom 9. Mai 1739 patronus in defectu aerarii alle Materialien, auch die Nebenmaterialien, hergeben müsse,

und diesen Satz unter die Präjudicien sub Nr. 722. (Sammlung S. 291.) aufgenommen. Die Gründe dieser Entscheidung, bei welcher es sich übrigens hauptsächlich um die im Erkenntnisse verneinte Frage handelte: ob die von der Gemeinde behauptete, die revidirte Kirchen-Ordnung ausschließende Observanz für erwiesen zu achten? sind ganz dieselben, welche dem Erkenntnisse vom 8. November 1827 zum Grunde liegen, und oben bereits widerlegt sind. So viel zu ersehen, hat dem Ober-Tribunal bei dieser Entscheidung nur Das vorgelegen, was bei v. Klewitz, welcher die neuere im Jahre 1827 vom Gerichtshofe aufgestellte Ansicht adoptirt, a. a. O. aufgestellt wird. Die gewichtigen Materialien,

welche die Motive von 1841, namentlich über den bis zum Jahre 1827 unbestritten bestandenen Rechtszustand, ganz besonders über die feste Meinung des Magdeburger Consistorii, bei welchem der fr. Gegenstand nothwendig alltäglich vorkommen mußte, enthalten, sind bei jener Sache gar nicht zur Sprache gekommen. Es ist daher anzunehmen, daß, wenn jene Nachrichten in ihrem vollen Umfange damals schon bekannt gewesen wären, der höchste Gerichtshof Bedenken getragen haben würde, einen seit so langen Jahren bestandenen Rechtszustand durch neuere Principien umzustoßen und eine, vermeintlich richtigere, jedenfalls nicht unzweifelhafte Verbal-Interpretation an die Stelle der usuellen Auslegung einer mindestens zweifelhaften Gesetzesstelle zu setzen, ohne den früheren Rechtszustand und das dafür Sprechende auch nur zu berühren. Deshalb mußte, unter Aufhebung des Präjudicees vom 24. August 1839, schon jetzt (vergl. Gesetz vom 7. Mai 1856 §. 5. Nr. 1. — Ges. Samml. S. 293.) — der Anspruch der Klägerin für unbegründet erklärt, und dem zufolge das Erkenntniß erster Instanz auf die Appellation des Verklagten abgeändert und Klägerin mit ihrer Klage zurückgewiesen werden.

№ 39.
Fährgerechtigkeit.

In der Fährgerechtigkeit liegt noch nicht unbedingt die Befugniß, den Verleiher zu hindern, selbst eine Brücke anzulegen, oder eine solche Anlage einem Anderen zu gestatten. Präj. 2671.

A. L. R. Thl. II. Tit. 14. §§. 29—33., Tit. 15. §§. 51., 52., 94.

Laut Vertrages vom $\frac{\text{10. September 1708}}{\text{16. Februar 1709}}$ ist das **Gut und** Städtlein Wittenberge mit Ober- und Niedergerichte 2c. unter anderen Pertinenzstücken und Gerechtsamen auch „mit der Fähre" dem N. N. gegen Zahlung von 8000 Thlrn. zu Lehn übergeben und geeignet, — das Rittergut selbst späterhin anderweit veräußert und schließlich an die Stadt Wittenberge selbst gediehen, für diese auch der Besitztitel berichtigt. — Sie hat neuerdings einen Theil der Gutsländereien, insbesondere den s. g. Schloßberg, an die Magdeburg-Wittenberger Eisenbahn-Gesellschaft verkauft, um dieselben in den Bahnkörper mit zu verwenden. Auch hier ist die Besitztitelberichtigung erfolgt.

Für die Eisenbahn und deren Verbindung mit der Berlin-Hamburger-Bahn ward eine Ueberbrückung der Elbe nothwendig und bezüglich letzterer vom Staate die Bedingung gestellt, die Elbbrücke gegen ein zu bewilligendes Brückengeld zugleich für gewöhnliches Fuhrwerk einzurichten (siehe Ges. Samml. 1847 S. 83.)

Es behauptet nun die Stadt Wittenberge durch Anlegung der neuen Eisenbahn-Brücke und deren Mitbenutzung zur Passage für Menschen, Vieh und Wagen aller Art in der ihr zustehenden Fährgerechtigkeit aufs Erheblichste verletzt zu sein. Sie ist der Meinung, daß mittelst der obengedachten Urkunde von 1708/9 das ausschließliche Recht verliehen sei, die Communication zwischen der Altmark und Priegnitz auf der Seehausen-Wittenberger Straße gegen Entgelt zu vermitteln, stellt weiter unter Beweis, daß seit Eröffnung der Eisenbahn-Brücke ihre Fähre fast gar nicht mehr, für alle zahlbaren Gegenstände aber nur jene benutzt werde, und bestreitet nicht minder dem Staate das Recht, innerhalb des Gebiets der Wittenberger Fährgerechtigkeit einen anderen Traject über die Elbe zu gestatten und na-

mentlich eine Brücke selbst anzulegen oder die Anlage einer solchen anderweit zu concessioniren, behauptet ferner unter Berufung auf Ocular-Inspection und Zeugen, daß die Eisenbahn-Brücke am rechten Elbufer auf Wittenberger Territorio, namentlich dem s. g. Schloßberge münde, hält nach allem Diesen den Fiscus für verpflichtet, ihr Schadensersatz zu gewähren, und hat demgemäß angetragen:

den Fiscus zu verurtheilen, ihr die tarifmäßigen Einnahmen desjenigen Verkehrs zu ersetzen, welcher der Fährgerechtigkeit durch die Eisenbahn-Brücke bei Wittenberge entzogen werde, den Betrag dieser Entschädigung aber einem Separat-Verfahren vorzubehalten;

eventualiter aber verlangt:

daß Fiscus zum Ersatz desjenigen, in separato zu ermittelnden Schadens verurtheilt werde, welchen die Stadt Wittenberge in der Ausübung ihrer Fährgerechtigkeit dadurch erlitten habe und noch erleide, daß die Elbbrücke zur Beförderung von Personen und Sachen über die Elbe gegen Entgelt benutzt wird.

Verklagter Fiscus bestritt zunächst die Richtigkeit der dem Documente von 170⁸/₉ gegebenen Deutung, namentlich, daß darin die Verleihung eines ausschließlichen Rechts zur Vermittelung der Communication zwischen der Altmark und Priegnitz enthalten sei; hielt event. die Folgerung der Unzulässigkeit einer Brückenanlage für nicht zutreffend und stellte endlich in Abrede, daß die Brücke auf Wittenberger Terrain, namentlich dem s. g. Schloßberge ausmünde, hinsichtlich welches Umstandes übrigens geltend gemacht ward, daß der Schloßberg an die Magdeburg-Wittenberger Eisenbahn-Gesellschaft verkauft sei. Fiscus beantragte daher die Abweisung der Klägerin.

In thatsächlicher Beziehung ist kein Beweis erhoben,

insbesondere die Ermittelung darüber: ob die Brücke auf dem Schloßberge münde? welche ursprünglich angeordnet war, nicht weiter verfolgt, es hat vielmehr die erste Abtheilung des Kreisgerichts zu Potsdam am 4. April 1855 die Klägerin abgewiesen, indem geltend gemacht ward, daß einmal keine ausschließliche Fährgerechtigkeit verliehen sei, Fiscus also befugt sein würde, neben der bereits bestehenden noch eine anderweite zu concessioniren, event. aber selbst im ersten Falle durch die Fährgerechtsame nicht ausgeschlossen werde, eine Brücke und mittelst derselben die Verbindung beider durch den Elbstrom getrennten Ufer herzustellen.

Klägerin appellirte und suchte nunmehr zunächst auszuführen, daß in der Urkunde von 170⁸/₉ wirklich ein Exlusivrecht auf die gegen Entgelt zu bewirkende Uebersetzung von Personen, Thieren und Sachen verliehen sei, und das Mittel, wodurch der Traject bewirkt werde, gänzlich in den Hintergrund trete. Daraus folgerte sie aber weiter die Unzulässigkeit der Brücken-Anlage, vermeinend, daß Brücke und Fähre einander ausschlössen und beantragte demgemäß die Aenderung des ersten Urtels nach ihrem Antrage.

Es hat inzwischen das Kammergericht sententiam a qua unterm 20. October 1855 lediglich bestätigt, und die gegen dies Urtel schließlich noch eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist vom zweiten Senate des Ober-Tribunals am 25. September 1856 zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Nach der, auf Interpretation des unterm 16. Februar 1709 landesherrlich bestätigten Kaufcontracts vom 10. September 1708, beruhenden factischen Feststellung des Appellations-Richters, ist dem damaligen Erwerber des Ritterguts Wittenberge — Vorbesitzer der Klägerin — mit der „Fähre"

eine Prahm- oder Fährgerechtigkeit im Sinne der §§. 51., 94. Thl. II. Tit. 15. A. L. R., d. h. die Befugniß verliehen, Fähren und Prahmen zum Uebersetzen von Personen, Thieren und Sachen über die Elbe für Geld zu halten, und zwar innerhalb des Wittenberger Terrains, weil jenes Recht als ein Zubehör des Ritterguts Wittenberge übertragen worden sei. Der Appellations-Richter beschränkt aber das, der Klägerin solchergestalt zustehende Recht auf die in der Definition desselben bezeichneten Trajectmittel, also Prahmen, Fähren und dergleichen Schiffsgefäße, indem er annimmt, daß die Ueberbrückung der Elbe und die Befugniß, eine Brücke zum Uebergang über den Fluß zu benutzen, außerhalb der Grenzen jener Fähr- oder Prahmgerechtigkeit liege.

Hierin findet nun Implorantin eine Verletzung der wesentlichen Proceßvorschrift des §. 5. Nr. 10b. der Verordnung vom 14. December 1833 und einen rechtsgrundsätzlichen Verstoß gegen die §§. 29—33. Thl. II. Tit. 14. sowie der §§. 56., 57. der Einleitung zum A. L. R. Es ist indessen diese Beschwerde in keiner Weise gerechtfertigt. Denn von einer Wortwidrigkeit, wie sie im §. 5. Nr. 10b. der erstgedachten Verordnung präcisirt wird, läßt sich überall nichts erkennen; Implorantin hat nicht einmal angegeben, welche Stelle der Urkunde wortwidrig im zweiten Urtel aufgenommen sein und so eine factisch unrichtige Unterlage des Erkenntnisses gebildet haben sollte. Die Beschwerde ermangelt daher schon an der genügenden Substantiirung.

Der Appellations-Richter hat aber auch nicht gegen die §§. 56. und 57. der Einleitung zum A. L. R. gefehlt, welche aussprechen: daß Privilegien und Freiheiten, die durch einen lästigen Vertrag erworben worden, nach den Regeln der Verträge zu behandeln, außerdem aber so zu

erklären seien, wie sie mit den Vorschriften des gemeinen Rechts und dem Hauptzweck des Staats am nächsten übereinstimmen. Eben so wenig hat er die §§. 29—33. Thl. II. Tit. 14. des A. L. R. verletzt, in denen die Ausdehnung der einem Privaten verliehenen Regalien über die zur Zeit der Uebertragung der Rechte selbst zugestandenen Nutzungen hinaus untersagt, jede sonstige Erweiterung über die entweder ausdrücklich bestimmten, oder sich von selbst verstehenden, durch Oertlichkeit und vorausgesetzte Fälle oder Begebenheiten beschränkten Grenzen, verboten und weiterhin Regeln für die Auslegung der betreffenden Verleihungs-Urkunde gegeben werden, indem namentlich die Ansicht, daß in der Fährgerechtigkeit nicht gleichzeitig die Befugniß zur Ueberbrückung eines Flusses und Eröffnung der Brückenpassage gegen Entgelt liege, keiner einzigen jener allegirten mehreren Vorschriften widerspricht. Der characteristische Unterschied beider Befugnisse ergiebt sich vielmehr schon von selbst und folgt überdies auch aus den Gegensätzen, welche in den §§. 51. und 52. Thl. II. Tit. 15. A. L. R. liegen, von denen ersterer das Recht, Fähren und Prahmen zum Uebersetzen für Geld zu halten, zu den Regalien des Staates zählt, letzterer aber bestimmt, daß ohne besondere Erlaubniß des Staates Niemand, selbst nicht auf eigenem Grund und Boden, eine Brücke über öffentliche Ströme anlegen dürfe. Wenn also mit dem Appellations-Richter angenommen werden muß, daß die der Klägerin zustehende Fährgerechtigkeit und das der Magdeburg-Wittenberger Eisenbahn-Gesellschaft neuerdings verliehene Recht zur Anlegung der Elbbrücke und Benutzung derselben zur allgemeinen Passage, auch außerhalb der Beförderung durch Dampfkraft, zwei selbstständige sich gegenseitig ausschließende, mithin nicht coincidirende Befugnisse sind, so ist auch seine weitere

Folgerung aus diesem Vordersatze: daß nämlich jedes dieser Rechte für sich ausgeübt und nutzbar gemacht werden dürfe, als ein Rechtsirrthum oder Verstoß gegen einen Rechtsgrundsatz im Sinne des §. 4. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833 keinesweges zu betrachten. Der Appellations-Richter stellt ferner unangefochten fest, daß die Fährgerechtigkeit der Klägerin ihr nirgends entzogen, sie vielmehr zu deren Ausübung nach wie vor, immer noch befugt bleibe. Er findet in der Concession zur Brückenanlage keinen Eingriff in jene Gerechtsame und weiset deshalb den Entschädigungs-Anspruch zurück. Gegen diese Argumentation bringt nun Implorantin allerdings vor, daß Fiscus sein Eigenthum absichtlich oder doch aus Fahrlässigkeit zu ihrem Schaden gebraucht und ihre wohlerworbenen Rechte gekränkt habe; allein die factischen Unterlagen zu dieser Folgerung vermißt eben der Appellations-Richter und werden sie in der That durch die Verminderung des Ertrages der Fährgerechtsame auch nicht gegeben, indem derjenige, welcher sich seines Rechtes innerhalb der gehörigen Schranken bedient, die Nachtheile, welche einem Anderen daraus erwachsen, nicht zu ersetzen braucht (§. 36. Thl. I. Tit. 6. A. L. R.) Gegen die Bestimmung des §. 75. Einleitung zum A. L. R., welcher von der Verpflichtung des Staates handelt, denjenigen zu entschädigen, der zum allgemeinen Besten besondere Rechte und Vortheile aufzuopfern genöthigt ist, wird mithin so wenig verstoßen, wie die §§. 36., 37. Tit. 6. und §§. 26., 27., 28. Tit. 8. Thl. I. A. L. R. verletzt sind, indem bezüglich ihrer kein Mißbrauch eines fiscalischen Rechts vorliegt. Der Art. 9. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 ist endlich von der Implorantin in nicht passender Art herangezogen, da das ihr zustehende Eigenthum — die Fährgerechtigkeit als solche —

völlig unverletzt geblieben ist, sie keinen Anspruch auf Gewährung eines gewissen Ertrages derselben hat und mit jener Gerechtsame nicht, wie sie meint, berufen und berechtigt ist, die Verbindung zwischen Altmark und Priegnitz auf der Seehausen-Wittenberger Straße allein und ausschließlich durch jedwede beliebige Traject-Gelegenheit zu vermitteln.

№ 40.

Begünstigung einer Uebertretung.

Ob die Strafe der Begünstigung nach §. 37. des Str. Ges. B. stattfinde, wenn die begünstigte strafbare Handlung nur eine Uebertretung ist?

Str. G. B. §§. 35. 37. 38.

Der schon einmal wegen Steuerdefraudation bestrafte Bäckermeister B. ist wiederum der Mahl- und Schlachtsteuer-Defraudation angeklagt, und deshalb mit der Confiscation von 129 Pfund Roggenbrod, 1 Thlr. 24 Sgr. 9 Pf. Geldbuße, und wegen des Rückfalls, mit Untersagung des Betriebes des Bäckergewerbes auf drei Monate bestraft.

Mitangeklagt ist die verehelichte K. Als nämlich die Steuerbeamten zur Revision bei dem Bäckermeister B. schritten, rief dieser:

Geh' Einer doch schnell; sie möchte sagen, sobald die Beamten fragen, es sei ihr Brod.

Bald darauf erschien die K. und beanspruchte das mit Beschlag belegte Brod als ihr Eigenthum. Auch auf der Hebestelle der Steuerbehörde versicherte sie an Eidesstatt, daß sie

dem B. am Morgen jenes Tages die näher bezeichnete Quantität Teig und Mehl zum Verbacken gebracht habe. Später hat sie indeß zugegeben, daß diese Angabe im Wesentlichen falsch sei und sie dieselbe nur gemacht habe, weil sie gehört, daß der B. bestraft werden würde, wenn sie erkläre, daß er nicht Teig, sondern Mehl erhalten.

Die Mitangeklagte K. ist daher in erster Instanz auf Grund des §. 37. des Str. G. B. wegen Begünstigung des Vergehens des B. bestraft, weil sie demselben wissentlich Beistand geleistet habe, um ihn der Bestrafung zu entziehen. Der Appellations-Richter sprach sie indeß frei weil der §. 37. des Str. G. B. sich nur auf die Begünstigung von Verbrechen oder Vergehen beziehe, während die strafbare Handlung des Hauptangeklagten nach Art. VIII. des Einführungs-Gesetzes vom 14. April 1851 nur eine Uebertretung darstelle.

Dieses Erkenntniß ist von dem Ober-Tribunal vernichtet, weil der Art. VIII. a. a. O. strafbare Handlungen, abgesehen von der Höhe der sonst verwirkten Strafe, dann für Vergehen erkläre, wenn zugleich auf Verlust des Rechts zum Gewerbebetriebe zu erkennen sei. Dies sei hier wegen des Rückfalles nach Vorschrift der Steuergesetze der Fall. Indeß komme es nach §. 44. des Str. G. B. darauf an, ob die Mitangeklagte K. gewußt, daß der B. eine Steuer-Defraudation im Rückfalle begehe.

Der Appellations-Richter hat hierauf in dem neuen Erkenntnisse angenommen, daß diese Kenntniß bei der K. nicht festzustellen sei. Demgemäß sei, der K. gegenüber, also bei Beurtheilung der ihr zur Last fallenden Begünstigung, die strafbare Handlung des Hauptangeklagten B. nur als Uebertretung zu behandeln, die Begünstigung einer solchen aber sei nach §. 37. straflos.

Die Nichtigkeits-Beschwerde der Steuerbehörde sucht insbesondere diesen Grundsatz anzufechten; die Verletzungen der Steuergesetze seien, je nach der Höhe des Objects der Defraude, bald Vergehen, bald Uebertretungen. Es sei aber nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber den Thatbestand der Theilnahme oder der Begünstigung gleichfalls hiervon habe abhängig machen, und sie also in dem einen Falle für strafbar, in dem anderen aber für straflos habe erklären wollen. Der Gesetzgeber schränke auch überhaupt die Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen im ersten Theil des Strafgesetz-Buchs nicht ausdrücklich auf Verbrechen oder Vergehen ein. Dieselben müßten daher auch auf Uebertretungen angewendet werden. Bezug genommen wird auf frühere Entscheidungen des Ober-Tribunals, in denen, wenn auch mit Unterscheidungen, die Anwendbarkeit des allgemeinen Theils des Str. G. B. auch auf Uebertretungen ausgesprochen sei.

Die Nichtigkeits-Beschwerde ist durch das Erkenntniß der ersten Abtheilung des Senats für Strafsachen beim Ober-Tribunal vom 5. November 1856 zurückgewiesen,

in Erwägung, daß der Hauptangeklagte, Bäckermeister B., durch das in Beziehung auf ihn rechtskräftige Erkenntniß vom 23. Mai 1855 wegen Mahlsteuer-Defraudation im Rückfalle, außer der Confiscation der defraudirten 129 Pfund Roggenbrod zu einer Geldbuße von 1 Thlr. 24 Sgr. 8 Pf. und zur Untersagung des Bäckereigewerbes auf drei Monate verurtheilt ist; daß hiernach in Gemäßheit der Vorschrift des Art. VIII. des Einführungs-Gesetzes vom 14. April 1851 die Handlung des B. an und für sich eine Uebertretung sein würde, und nur vermöge des Rückfalls und der auf denselben gesetzten Strafe der Gewerbe-Untersagung zu einem Vergehen wird;

in Erwägung, daß, wenn es in Frage kommen kann, ob und in wie weit die allgemeinen Grundsätze im ersten Theil des Strafgesetz-Buchs auch auf Uebertretungen Anwendung finden, eine solche Anwendung in Betreff der bloßen Begünstigung jedenfalls durch die Fassung des gedachten §. 37. ausgeschlossen wird, welcher eine besondere, das Maaß der Uebertretungsstrafe weit übersteigende, Strafe enthält, und daher von dem allgemeinen Grundsatze des §. 35. bei der Theilnahme abweicht, vielmehr erst in dem Falle des §. 38. diesen Grundsatz auch bei der Begünstigung zuläßt;

in Erwägung, daß bei der Bestrafung der Begünstigung die Voraussetzung vorhanden sein muß, daß der Thäter die Qualität der strafbaren von ihm begünstigten Handlung in dem Sinne und in dem Umfange gekannt haben muß, um beurtheilen zu können, ob dieselbe ein Verbrechen oder Vergehen sei (§. 44. des Str. G. B.) und daß, da der Appellations-Richter die Richtkenntniß des Rückfalls des B., welche dessen Handlung allein zum Vergehen machte, zu Gunsten der Implorantin feststellt, deren Freisprechung gesetzlich gerechtfertigt war.

№ 41.

Verjährung der Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen.

Im Laufe der gerichtlichen Untersuchung verjähren Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen auch dann, wenn nach der letzten Handlung des Richters

oder der Staats-Anwaltschaft, bei dieser die denselben mitgetheilten Acten während der Verjährungszeit beruhen bleiben, ohne daß sie oder der Richter eine fernere Handlung vornimmt. Präj. des Senats für Strafsachen Nr., 216.

Str. G. B. §§. 45. bis 48. und 339.

Zwei Töchter des Handelsmanns N. sind mittelst Erkenntnisses der Gerichts-Commission zu Steinheim vom 15. Januar 1856 wegen unbefugten Grasschneidens auf Grund der Feldpolizei-Ordnung vom 1. November 1847 §. 41. zu 10 Sgr. Geldbuße verurtheilt worden. Auf den von ihnen eingelegten Recurs hat die Gerichts-Commission die Acten mittelst der am 29. Januar insinuirten Verfügung vom 23. Januar dem Polizei-Anwalt mitgetheilt, welcher dieselben erst mittelst seiner Erklärung vom 15. Juni dem Ober-Staats-Anwalt eingereicht hat, durch welchen sie am 24. Juni an das Appellations-Gericht zu Paderborn gelangt sind. Dieses hat, weil die Acten vom 29. Januar bis zum 15. Juni, also länger als drei Monate, beim Polizei-Anwalt vollständig geruhet haben, angenommen, daß nach §§. 339. des Str. G. B. Verjährung eingetreten sei, und deshalb mittelst Erkenntnisses vom 8. Juli 1856 die Angeklagten freigesprochen.

Die hiergegen vom Ober-Staats-Anwalt, mit Ermächtigung des Justiz-Ministers, wegen Verletzung des §. 339. eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist vom Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abtheilung II. am 23. October 1856

in Erwägung, daß nach §. 45. des Str. G. B. die Verfolgung und Bestrafung eines Verbrechens oder Verge-

hens nach Ablauf der Verjährungszeit nicht stattfindet; daß es also die Nichtverfolgung während eines gewissen Zeitraums ist, worauf die Verjährung beruhet; daß die Verfolgung in die Hand der Gerichte, mit welchen die Staats-Anwaltschaft verbunden ist, gelegt worden, daß daher eine die Verjährung ausschließende Verfolgung stattfindet, sobald entweder der Richter oder die Staats-Anwaltschaft das Verbrechen oder Vergehen verfolgen, daß aber, so lange weder Richter noch Staats-Anwaltschaft verfolgen, die zur Begründung der Verjährung erforderliche Nichtverfolgung vorliegt; daß diese aus dem Grundsatze des §. 45. folgenden Sätze in den §§. 47. und 48. auch bestimmt dahin ausgesprochen worden sind:

§. 48. Jeder Antrag und jede sonstige Handlung der Staats-Anwaltschaft, sowie jeder Beschluß und jede sonstige Handlung des Richters, welche die Eröffnung, Fortsetzung oder die Beendigung der Untersuchung oder die Verhaftung des Angeschuldigten betrifft, unterbricht die Verjährung.

§. 47. Wenn die Verjährung unterbrochen wird, die Untersuchung aber nicht zur rechtskräftigen Verurtheilung führt, so beginnt eine neue Verjährung nach der letzten gerichtlichen Handlung.

daß diese letztere Bestimmung — in welcher der Ausdruck „gerichtliche Handlung" nach dem Zusammenhange mit dem §. 48. und nach der Entstehungsgeschichte beider Paragraphen, wonach ein gerichtliches Verfahren im Gegensatz gegen Verhandlungen bei den Administrativ-Behörden bezeichnet werden sollte, sowohl die Handlungen des Richters als der zu den Gerichten gehörenden Staats-Anwaltschaft begreift, nicht auf den Fall beschränkt werden darf, wo das Gericht, weil aus irgend einem Grunde es zur Zeit nicht möglich

oder nicht zweckmäßig ist, in der Sache weiter vorzugehen, die Untersuchung sistirt, sondern daß, gerade, weil die Verfolgung in die Hand der Gerichte, mit welchen die Staats-Anwaltschaft verbunden ist, gelegt worden, es dem obigen Grundgedanken von der Verjährung entspricht, von jeder letzten Handlung des Richters oder der Staats-Anwaltschaft an, wenn auf sie nicht eine fernere Handlung des Richters oder der Staats-Anwaltschaft folgt, so lange es nicht zur rechtskräftigen Verurtheilung gekommen ist, eine zur Verjährung führende Nichtverfolgung zu rechnen, was auch dem einen Hauptgrunde, worauf die Verjährung der, Verbrechen und Vergehen beruhet, daß nämlich durch den Ablauf einer längeren Zeit der Entlastungs-Beweis erschwert ja öfters unmöglich gemacht wird, angemessen ist;

daß eine Erörterung, in wiefern gewisse gerichtliche Handlungen, z. B. erlassene Requisitionen, während sie in der Erledigung begriffen sind, Ansetzung von Terminen bis zu deren Eintritt, als fortwirkend betrachtet werden müssen, für den vorliegenden Fall, wo die Gerichts-Commission zu Steinheim auf die Anmeldung des Recurses Seitens der Angeklagten die Acten dem Polizei-Anwalt mitgetheilt hat, und sie bei diesem gelegen haben, auf sich beruhen kann; daß die Bemerkung in der Nichtigkeits-Beschwerde:

> die Ansicht, daß in solchem Falle Verjährung eintrete, stehe in Widerspruch damit, daß eine Untersuchung, nachdem dieselbe oder auch nur die Voruntersuchung eröffnet worden, nicht mehr durch eine Handlung der Staats-Anwaltschaft wider den Willen des Gerichts rückgängig gemacht werden könne; — §. 47. der Verordnung vom 3. Januar 1849 —

unrichtig ist, indem einer Seits der Richter jede an ihn gelangte Sache im Auge behalten und durch von ihm

ausgehende Handlungen die Verjährung hindern kann, anderer Seits zwar vorauszusehen war, daß darüber, ob eine einmal zur Voruntersuchung gekommene Sache sich zur weiteren Verfolgung eigene, beim Gericht und bei der Staats-Anwaltschaft verschiedene Ansichten entstehen könnten, und daher eine Bestimmung darüber nöthig war, ob der Staats-Anwalt im pflichtmäßigen Handeln nach seiner Ansicht wider die Ansicht des Gerichts die Sache zurückziehen könne, dagegen ein pflichtwidriges Verhalten, wodurch die Verjährung herbeigeführt wird, eben so wenig dem Staats-Anwalt als dem Richter, welchen Beiden die Verfolgung der strafbaren Handlungen, das erste Einschreiten sogar dem Ersteren ausschließlich anvertraut worden ist, zugetraut werden durfte, in einzelnen Fällen aber Versehen eben so wohl von dem einen als dem anderen begangen werden können, und es hiernach nichts Auffallendes hat, daß durch eine Vernachlässigung sowohl des Staats-Anwalts als des Richters die ihnen gemeinschaftlich anvertraute Verfolgung gegen die Ansicht Beider abgeschnitten werden kann;

in Erwägung, daß nach dem Allen Verbrechen und Vergehen auch im Laufe der Untersuchung verjähren, wenn nach der letzten Handlung des Richters oder der Staats-Anwaltschaft während der Verjährungszeit keine fernere Handlung des Richters oder der Staats-Anwaltschaft vorgenommen wird;

in Erwägung, daß eben Dasselbe für Uebertretungen nach der im Wesentlichen mit den §§. 45—48., soweit es sich um die vorliegende Frage handelt, gleichlautenden Bestimmung des §. 339. des Str. G. B. gilt;

in Erwägung, daß mittelst der am 29. Januar 1856 insinuirten Verfügung der Kreisgerichts-Commission zu Stein-

heim vom 23. Januar die Untersuchungs-Acten auf den von den Angeklagten eingelegten Recurs dem Polizei-Anwalt mitgetheilt worden sind, seit dieser Handlung aber bis zum 15. Juni weder von dem Richter noch von dem Polizei-Anwalt irgend eine Handlung vorgenommen, durch den Ablauf einer mehr als dreimonatlichen Frist von jener Handlung an also die Verjährung vollendet ist; daß der dies annehmende Recurs-Richter mithin den §. 339. des Str. G. B. richtig angewendet hat, zurückgewiesen worden.

№ 42.

Rückfalls-Strafe.

Ueber die Frage, ob ein nach Publication des Straferkenntnisses, aber vor Ablauf der zur Einlegung des Rechtsmittels bestimmten Frist verübtes Verbrechen derselben Art, die Rückfallsstrafe nach sich ziehe?

Str. G. B. §§. 58. und 219.

Der Ortsarme H. war durch Erkenntniß vom 15. Februar 1850 wegen eines im Monat November 1849 verübten Diebstahls zur Strafe verurtheilt worden, ohne daß von ihm gegen dieses Erkenntniß ein Rechtsmittel eingelegt ward. Vor Ablauf der Nothfrist beging H. in der Nacht vom 21. zum 22. Februar 1850 einen zweiten Diebstahl und ward deshalb durch Urtel vom 6. April 1850 zur neunmonatlichen Zuchthausstrafe verurtheilt. H. hat abermals gestohlen und ist deshalb durch das Erkenntniß des

Kreisgerichts zu Jüterbogk zur Strafe verurtheilt. Der erste Richter nahm an, daß, weil der Angeklagte zum zweiten Male gestohlen habe, bevor das in der ersten Untersuchung wider ihn ergangene Urtel rechtskräftig geworden, zwar der §. 58., nicht aber der §. 219. des Str. G. B. Anwendung finde. Derselbe Grundsatz ward auf die von der Staats-Anwaltschaft eingelegte Appellation von dem Kammergericht in dessen Erkenntniß vom 31. Mai 1856 geltend gemacht. Gegen dieses Erkenntniß legte die Staats-Anwaltschaft die Nichtigkeits-Beschwerde ein; es ward von ihr Verletzung des §. 219. Str. G. B. durch Nichtanwendung behauptet, weil die Frage, ob die Wirkung der Verurtheilung bezüglich der Rückfälligkeit, im Falle der Verurtheilte sich bei dem Erkenntnisse beruhigt, sogleich mit der Publication des Erkenntnisses oder erst nach Ablauf des fatale eintrete, dahin zu beantworten sei, daß der Tag der Publication in Betreff der Rechtskraft entscheide. Denn es liege in der Natur einer richterlichen Entscheidung, daß diese schon durch sich selbst Gültigkeit und Wirksamkeit habe und nicht erst durch ein drittes außer ihr liegendes Moment — hier der Ablauf des fatale — erlangen müsse, und es müsse deshalb die von dem Gesetze hinzugefügte Bedingung, daß der Angeklagte sich dabei beruhigen müsse, als eine auflösende aufgefaßt werden. Dies folge auch aus dem §. 118. der Verordnung vom 3. Januar 1849, wonach der durch ein der Anfechtung unterliegendes Urtel Freigesprochene sofort freigelassen werden müsse. Der Grundsatz des §. 159. ebendas., daß die Einlegung der Appellation oder der Nichtigkeits-Beschwerde die Vollstreckung der Strafe aufhalte, sei nur eine strenge zu erklärende Ausnahme von jener Regel und deshalb sei von dem Ober-Tribunale am 14. Juni 1854 — Archiv II. S. 822. —

angenommen, daß einem verhafteten Angeklagten die **Gefängnißstrafe** von dem Tage der Publication des Urtels **anzurechnen** sei. Die Rückfallsstrafe werde nur dadurch **bedingt**, daß ein Urtel vorliege, welches rechtskräftig **geworden** sei und die Materialien ergäben, daß dieselbe aus dem **Grunde** eintreten solle, weil durch die Verurtheilung eine **richterliche** Mahnung an den Angeklagten ergangen sei; diese **richterliche** Mahnung sei aber vorhanden mit dem Tage der Publication des Urtels, wenn der Angeklagte sich demselben **durch** seine Beruhigung unterworfen.

Das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen Abthl. I., hat jedoch unter dem 24. October 1856

in Erwägung, daß der Angeklagte durch das Erkenntniß vom 15. Februar 1850, gegen welches derselbe kein Rechtsmittel eingelegt hat, wegen Diebstahls verurtheilt worden ist und in der Nacht vom 20. zum 21. Februar 1850, mithin vor Ablauf der ihm zur Einlegung des Rechtsmittels zustehenden zehntägigen Frist — §. 126. der Verordnung vom 3. Januar 1849 — wiederum einen Diebstahl begangen hat, weshalb am 6. April 1850 auf Strafe erkannt ist,

daß die Vorderrichter, weil dieser zweite Diebstahl vor beschrittener Rechtskraft des Erkenntnisses vom 15. Februar 1850 verübt worden ist, angenommen haben, daß der Angeklagte bei Berücksichtigung des §. 58. des Str. G. B. den zweiten Diebstahl nicht im Rückfalle begangen habe und der Diebstahl, welcher den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet, daher im ersten und nicht im zweiten Rückfalle verübt sei, mithin der §. 219. des Str. G. B. außer Anwendung gelassen ist,

daß nach §. 58. a. a. O. sich derjenige im Rückfalle befindet, welcher, nachdem er wegen eines Verbrechens oder Ver-

gehens von einem Preußischen Gerichtshofe **rechtskräftig** verurtheilt worden ist, dasselbe Verbrechen oder Vergehen begeht und die Anwendbarkeit des §. 219. a. a. O. dadurch bedingt wird, daß ein Angeklagter bereits zwei oder mehrere Male durch einen Preußischen Gerichtshof rechtskräftig wegen Diebstahls oder Raubes verurtheilt worden ist,

daß die Beschwerde die Verletzung dieser Gesetze durch Nichtanwendung behauptet, weil jedes Straferkenntniß mit dem Zeitpunkte dessen Verkündung rechtskräftig sei und diese Rechtskraft nur durch die Einlegung des Rechtsmittels aufgehoben werde, der Angeklagte mithin, weil er gegen das Erkenntniß vom 15. Februar 1850 kein Rechtsmittel eingelegt, am 20. Februar 1850 den Diebstahl im Rückfalle verübt hat,

daß indessen nach §. 518. in Verbindung mit §. 536. der Criminal-Ordnung die Rechtskraft eines Straferkenntnisses eintritt, sobald die Erklärung des Verurtheilten, daß er sich bei demselben beruhigen wolle, erfolgt, oder die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels abgelaufen oder endlich in letzten Instanz erkannt ist, und mit diesem Zeitpunkte das Erkenntniß vollstreckbar wird, mithin die Vollstreckbarkeit eines Straferkenntnisses, sowie sie die Rechtskraft desselben voraussetzt, auch mit derselben zusammen fällt,

daß die Verordnung vom 3. Januar 1849 im §. 126. und das Gesetz vom 3. Mai 1852 im Art. 110. in dieser Beziehung nichts Abweichendes bestimmen, nach denselben vielmehr die Fristen zur Einlegung der Rechtsmittel präclusivisch sind und die Bestimmung des §. 159. der Verordnung vom 3. Januar 1849, daß durch die Einlegung der Appellation oder Nichtigkeits-Beschwerde

von Seiten des Angeklagten die Vollstreckung der Strafe aufgehalten wird, nur eine Anwendung des Grundsatzes, daß ein Straferkenntniß nur nach beschrittener Rechtskraft desselben vollstreckbar wird, enthält,

daß die Beschwerde in jener Bestimmung des §. 159. a. a. O. zwar eine Ausnahme von der Regel, daß jedes Strafurtel mit dem Zeitpunkte dessen Verkündung rechtskräftig sei, finden will, daß indessen die diesfällige Ausführung jeder Begründung entbehrt, da, wie gezeigt, eine solche Regel aus den obigen Gesetzen nicht, vielmehr das Gegentheil herzuleiten ist;

daß insbesondere jene Ausführung in den Bestimmungen der §§. 118. u. 157. a. a. O., wonach der durch Erkenntniß Freigesprochene seiner Untersuchungshaft zu entlassen ist, wenn auch der Staats-Anwaltschaft ein Rechtsmittel zusteht und von derselben eingelegt ist, keine Unterstützung findet, weil der Grund jener Bestimmungen nicht in der Rechtskraft des verkündeten Urtels im Augenblicke der Verkündung, sondern darin zu finden ist, daß die Verdachtsgründe, welche den Beschluß zur Verhaftung des Angeklagten veranlaßt haben, durch die Untersuchung ihre Bestätigung nicht gefunden haben und daher kein Grund vorliegt, die Untersuchungshaft noch länger fortdauern zu lassen;

daß die in Goltdammer's Archiv Bd. 2. S. 820. 821. abgedruckte Entscheidung, wonach dem verhafteten Angeklagten, welcher gegen das ergangene, eine Gefängnißstrafe festsetzende Strafurtel kein Rechtsmittel eingelegt hat, die seit der Verkündung erlittene Haft auf die Strafe angerechnet worden ist, gleichfalls nicht, wie die Beschwerde voraussetzt, auf dem von der Staats-Anwaltschaft aufgestellten Satze, daß das Strafurtel mit

dem Zeitpunkte der Verkündung rechtskräftig geworden, sondern vielmehr darauf beruhet, daß zu Gunsten des Angeklagten angenommen ist, er habe sich der ihm zuerkannten Strafe sofort unterworfen,

daß für diese Entscheidung auch die Billigkeit spricht, weil die Untersuchungshaft und die Strafhaft nicht nothwendig eine verschiedene sein dürfen, wogegen, abgesehen davon, daß der Angeklagte bei Verkündung des Erkenntnisses vom 15. Februar 1850 der Haft entlassen ist, und die ihm zuerkannte Strafe erst später abgebüßt hat, jetzt die Staats-Anwaltschaft ohne Unterstützung eines ausdrücklichen Gesetzes und bei nicht gleichem Sachverhältnisse zum Nachtheile des Angeklagten angenommen wissen will, daß jenes Erkenntniß mit dem Zeitpunkte der Verkündung die Rechtskraft beschritten habe und der Angeklagte durch Verübung des Diebstahls am 20. Februar 1850 bereits ein rückfälliger Dieb gewesen sei,

daß demnach die Vorderrichter mit Recht angenommen haben, daß der jetzt zu bestrafende Diebstahl im ersten Rückfalle begangen und die Beschwerde unbegründet ist,

dahin erkannt:

daß das gegen das Erkenntniß des Criminal-Senats des Kammergerichts vom 31. Mai 1856 eingelegte Rechtsmittel der Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen.

№ 43.

Meineid.

Zum Thatbestande des Meineides nach §§. 125 bis 128. des Str. G. B. ist es hinreichend, wenn

der Eid nach der Eidesformel desjenigen **religiösen** Bekenntnisses abgeleistet ist, welches der Schwörende zum Zwecke der Eidesleistung ausdrücklich **als das** seinige angegeben hat. Die Behauptung, daß er in der That zur Zeit der Eidesleistung sich zu einer anderen Religion bekannt habe, schließt die Anwendung der Strafe nicht aus. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 214.

Str. G. B. §§. 125—128.

Der englische Sprachlehrer N. wurde in einer vor dem Stadtgericht zu Berlin verhandelten Untersuchung als Zeuge vernommen. Bei seiner Generalvernehmung hatte er dem Richter angegeben, daß er *evangelischer Confession* sei, als solcher ist er demgemäß mit dem Zeugeneide für evangelische Christen vereidet, was durch die mit Beziehung auf jene Angabe in dem Protocolle enthaltene Registratur: der Zeuge sei rite vereidet, erwiesen ist.

Nunmehr ist er angeklagt, bei der so eben gedachten Vernehmung über die Sache selbst wissentlich ein falsches Zeugniß abgelegt, also sich des wissentlichen Meineides schuldig gemacht zu haben.

In dieser gegen ihn eingeleiteten Untersuchung trat er dagegen mit der Behauptung auf, daß er *Jude* sei, und deshalb, da er nach christlichem Religionsgebrauche jenen Zeugeneid abgeleistet, keinen Meineid begangen habe.

Die Beweisaufnahme hat sich in Folge dieser Behauptung sowohl in der Voruntersuchung, als auch in den verschiedenen vor dem Schwurgericht angestandenen Hauptverhandlungen mit der Frage beschäftigt:

welcher Religion der Angeklagte in der Wirklichkeit angehöre?

Zu diesem Zwecke ist ein umfangreicher Beweis sowohl in England, als an verschiedenen Orten in Deutschland, in denen der Angeklagte in den letzten Jahren seinen Wohnsitz gehabt hat, erhoben worden.

Festgestellt ist hiernach, daß der Angeklagte in London geboren ist, und einer dortigen jüdischen Familie angehört, sowie denn auch seine körperliche Besichtigung die kunstgerechte Beschneidung nach jüdischem Ritus ergeben hat. Die Staatsanwaltschaft hat demnach zugegeben, daß er als Jude geboren sei. Ueber einen später erfolgten Uebertritt zur christlichen Kirche weiß seine Familie Nichts; eben so wenig haben dies die mit großer Sorgfalt geführten Listen der Englischen Judenbekehrungs-Gesellschaft ergeben, sowie endlich die Consistorien der Orte, an welchen der Angeklagte in Deutschland gewohnt hat, einen solchen dort stattgefundenen Uebertritt verneinen.

Dagegen ist ermittelt, daß der Angeklagte zur Zeit seines Wohnsitzes in Oxford dem Gottesdienste nach anglikanischem Ritus beigewohnt, ferner in Deutschland an einzelnen Orten dem christlichen Gottesdienste beigewohnt, endlich sich in seiner jetzigen Haft mit dem Geistlichen der Anstalt unterredet und von demselben das heilige Abendmahl empfangen hat. Verwandte dagegen haben ihn in Berlin auch die Synagoge besuchen gesehen.

In dieser Lage gedieh die Sache zur Entscheidung über den Meineid, welchen der Angeklagte sowohl in der Sache selbst, als auch, wie gedacht, mit Rücksicht auf die Form des geleisteten Eides bestritt.

Der Staats-Anwalt beantragte die Frage an die Geschworenen in folgender Fassung:

1) Ist der Angeklagte schuldig, am 30. Januar 1855 in Berlin in einer vor dem Stadtgericht verhandelten

Untersuchungssache rc. als Zeuge wissentlich ein falsches Zeugniß in sofern abgelegt zu haben, als er ausgesagt hat — rc. folgt die Aussage — und dieses Zeugniß mit einem nach evangelischem Religionsgebrauche geleisteten Eide bekräftigt zu haben?

2) Ist der Angeklagte kein protestantischer Christ?

Der Gerichtshof verwarf diesen Antrag, stellte vielmehr die Frage dahin:

Ist der Angeklagte schuldig, zu Berlin am 30. Januar 1855 als Zeuge in der Untersuchung wider rc. ein falsches Zeugniß mit einem Eide bekräftigt zu haben?

und verurtheilte hiernächst auf das Verdict der Geschworenen:

ja, er ist schuldig, mit allen in der Frage enthaltenen Umständen, mit mehr als sieben Stimmen,

den Angeklagten wegen wissentlichen Meineides aus §. 126. des Str. G. B.

In den Gründen des Erkenntnisses wird diese einfache Fragestellung und die Ablehnung jenes Antrages des Staats-Anwaltes von dem Gerichtshofe dahin motivirt:

Was den incriminirten Meineid betrifft, so ist durch den Wahrspruch der Geschworenen die ihnen vorgelegte, vom Vorsitzenden des Gerichts entworfene Frage lediglich bejaht worden. In diese Frage sind in Gemäßheit des Art. 81. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 alle diejenigen Thatsachen aufgenommen, welche die wesentlichen Merkmale des dem Angeklagten zur Last gelegten Meineides bilden, wie sie Alinea 1. des §. 126. des Str. G. B. hervorhebt. Aus diesem Grunde konnte dem Antrage der Staats-Anwaltschaft, den Geschworenen anstatt jener die beiden Fragen:

a. ob der Angeklagte ein falsches Zeugniß rc. abgelegt und dasselbe mit einem nach evangelischem Religionsgebrauche geleisteten Eide bekräftigt habe, und

b. ob der Angeklagte kein protestantischer Christ sei? vorzulegen, nicht stattgegeben werden. Denn hiernach hätte, für den Fall, daß die Geschworenen bei Bejahung der Frage sub. a. den Angeklagten für keinen protestantischen Christen erklärt hätten, der Gerichtshof noch darüber entscheiden müssen, ob die incriminirte Handlung für einen Eid zu achten sei. Dadurch wäre aber unzulässiger Weise die Entscheidung der Schuldfrage den Geschworenen entzogen und auf das Richter-Collegium übertragen worden. Nur die Geschworenen hatten bei der Schuldfrage in Erwägung zu nehmen, ob das Schwören eines Juden nach evangelischem Ritus für einen w rklichen Eid zu halten sei oder nicht? Allerdings ist das Wort „Eid" ein Rechtsbegriff und die Beurtheilung, ob nach den bestehenden Landesgesetzen in bestimmten Handlungen eine Eidesleistung liege, eine rechtliche. Indeß kann hieraus kein Grund entnommen werden, den Geschworenen die Entscheidung der Frage über die Existenz eines wirklichen Eides zu entziehen. Alle charakteristischen Merkmale der gerade vorliegenden strafbaren Handlung müssen nach Anleitung der Strafgesetze, ohne Rücksicht darauf, ob sie factischer oder rechtlicher Natur sind, in die den Geschworenen vorzulegende Frage aufgenommen werden. Wollte man hieran nicht festhalten, so würde das ganze Institut der Geschworenen-Gerichte illusorisch zu machen sein. Bei jeder strafbaren Handlung ist gewiß ein Merkmal vorhanden, welches für einen Rechtsbegriff zu erklären ist. Wie dies dies schon dem Geiste der Gesetzgebung über Geschworenen-Gerichte im Allgemeinen widerspricht, so ist auch speciell in dem citirten Art. 81. der Unterschied zwischen factischen und rechtlichen Merkmalen nicht aufgestellt, und aus dem Art. 82. ebend.

geht mit Bestimmtheit hervor, daß auch Rechtsbegriffe in die den Geschworenen vorzulegende Frage erforderlichen Falls aufzunehmen sind. Eine Aufzählung von Beispielen, wo letzteres, wie in dem jetzt vorliegenden Falle, nach den Strafgesetzen durchaus erforderlich, erscheint hiernach überflüssig. Nach dem durch das Verdict der Geschworenen ad 1. festgestellten Thatbestande muß nun der Angeklagte des wissentlichen Meineides für schuldig erklärt werden.

Gegen diese Entscheidung des Schwurgerichtshofes hat der Angeklagte die Richtigkeits-Beschwerde eingelegt. Dieselbe rügt Verletzung des Strafgesetzes und des Verfahrens. Sie führt Folgendes aus: die Gesetzgebung fasse den Eid im §. 245. Tit. 10. Thl. I. der A. G. O. als einen zur Feststellung rechtlicher Zustände dienenden religiösen Act auf. Derselbe müsse also der Ritualnorm des Schwörenden entsprechen. Für die Juden seien diese Ritualnormen in den Gesetzen speciell angegeben. Ohne ihre Beobachtung, namentlich ohne die wesentlich erforderliche Anrufung des Adonai, liege ein jüdischer Eid nicht vor, mithin auch nicht der Meineid eines Juden. Daraus folge die Verletzung des §. 126. des Strafgesetzbuchs und der betreffenden Vorschriften der Allg. Gerichts- und der Criminal-Ordnung über die Eidesleistungen, da, obgleich das Verdict der Geschworenen die Leistung eines Meineides feststelle, doch die Prüfung, ob der Eid auch ein solcher im Sinne des Gesetzes sei, dem Richter-Collegium anheimfalle, und von diesem zu verneinen sei. Eventuell sei das Verfahren verletzt, und zwar nach Art. 81. und 82. des Gesetzes vom 3. Mai 1852, weil den Geschworenen die Beantwortung eines offenbaren, mindestens eines sehr bestrittenen Rechtsbegriffes,

nämlich desjenigen des **Eides** überhaupt, oder doch die Frage:

ob die Wahrheitsversicherung in der Form eines christlichen Eides auch für den Juden ein Eid sei?

zur Beantwortung und Entscheidung vorgelegt worden, und nicht vielmehr die Thatfrage in die wesentlichen Merkmale aufgelöst sei. Als solche Merkmale werden die durch die Religion des Schwörenden gebotenen Solennitäten bezeichnet.

Es war hiernach die zu entscheidende Frage die:

ob es zur Anwendung der Strafe des Meineides erforderlich sei, daß der Angeklagte auch in der That derjenigen Religion angehöre, nach deren Ritus er den Eid vor Gericht geleistet hat, oder ob es genügt, daß er nach dem Ritus derjenigen Religion vereidigt worden ist, welche er zum Zwecke dieser Eidesleistung ausdrücklich vor dem Richter angegeben hat?

Nur mit der Bejahung der ersteren Alternative konnte es im vorliegenden Falle in Frage kommen, ob der Gerichtshof die bestehenden Regeln über die Competenz der Geschworenen dadurch verletzt habe, daß er den Geschworenen die Entscheidung über die Rechtsgültigkeit eines von einem Juden nach evangelischem Ritus geleisteten Eides überlassen hatte. Mit der Bejahung der zweiten Alternative dagegen war diese Erörterung überflüssig; denn es stand fest, daß der Angeklagte, mochte er wirklich Jude oder Christ sein, nach dem Ritus derjenigen Religion vereidet war, welche er bei seiner Zeugenvernehmung dem Richter zum Zweck der Eidesleistung ausdrücklich angegeben hatte. —

Das Ober-Tribunal — erste Abtheilung des Senats für Strafsachen — hat sich für die zuletzt gedachte Alternative entschieden, das an die Spitze gestellte Präjudiz angenommen und demgemäß am 2. Mai 1856 auf Zurück-

weisung der Nichtigkeits-Beschwerde des Angeklagten erkannt und zwar:

in Erwägung, daß der Angeklagte durch das **Verdict** der Geschworenen schuldig erklärt ist:

zu Berlin am 30. Januar 1855 als Zeuge in der Untersuchung wider die verehelichte St. wissentlich ein falsches Zeugniß mit einem Eide bekräftigt zu haben,

und daß der Angeklagte sich principaliter über Gesetzesverletzung beschwert, in sofern der von einem Juden nach evangelischem Ritus geleistete Eid als den Thatbestand des Meineides darstellend erachtet worden sei, eventuell über Verletzung des Verfahrens, in sofern den Geschworenen die Beantwortung der Rechtsfrage:

ob die Wahrheitsversicherung in der Form eines christlichen Eides auch für den Juden ein Eid sei?

unzulässiger Weise zur Beantwortung und Entscheidung vorgelegt, und nicht vielmehr nur die Thatfrage in die wesentlichen Merkmale des Falles aufgelöst sei;

in Erwägung, daß durch das Zugeständniß des Angeklagten feststeht, daß er am 30. Januar 1855 als Zeuge vor dem Untersuchungs-Richter vernommen ist, und hierbei zu den Generalfragen erklärt hat, daß er evangelischer Religion sei; daß er, dieser seiner Erklärung gemäß, wie unbestritten, nach evangelischem Ritus mit dem Zeugeneide belegt ist, daß mithin diejenige gesetzliche Form dieses Eides auf ihn angewendet ist, welcher seiner eigenen Erklärung gemäß als feierliche Wahrheitsversicherung vorgeschrieben ist, um dem Zeugnisse die formelle Kraft eines vollgültigen äußerlich beweisenden zu geben;

in Erwägung, daß das Verbrechen des Meineides entweder als ein Verbrechen gegen die Religion, oder aber als Verletzung des öffentlichen Glaubens, also als Fälschung

des öffentlich anerkannten Beglaubigungsmittels einer gerichtlichen Aussage aufgefaßt werden kann; daß also mit der ersteren Auffassung das strafbare Moment vorzugsweise oder sogar allein in der fälschlichen Anrufung Gottes, ohne Rücksicht auf die besondere Form derselben, nach der anderen Auffassung dagegen in dieser Anrufung unter der gesetzlich vorgeschriebenen allein als öffentliches Beglaubigungsmittel dienenden Form liegen würde; daß nun nach der Redactionsgeschichte des Strafgesetzbuchs und nach der Stellung, welche das Verbrechen des Meineides in seinem System erhalten hat, anzunehmen ist, daß obwohl man jene erstere Auffassung nicht hat aus den Augen lassen wollen, doch die andere vorzugsweise die leitende bei Bestimmung des Strafgrundes geblieben ist (Materialien Bd. II. S. 229. 230.); daß hiernach zum Thatbestande des Meineides in den §§. 125 ff. des Str. G. B., und abgesehen von der im §. 129. mit besonderer geringerer Strafe bedrohten fälschlichen Versicherung an Eidesstatt, die Erfüllung der in den verschiedenen Gesetzen, namentlich für die älteren Provinzen in den §§. 315 ff. Tit. 10. Thl. I. Allg. Ger. Ordn. und in den §§. 333 ff. der Criminal-Ordnung vorgeschriebenen Formen der Eidesleistung in ihren wesentlichen Theilen gehört; daß jedoch dieses Erforderniß nicht weiter führt, als zu der Nothwendigkeit, daß diejenige Form der Eidesleistung in ihren wesentlichen Theilen erfüllt werde, welche nach der Angabe des Schwörenden über sein religiöses Bekenntniß in dem gegebenen Falle als das vorgeschriebene Beglaubigungsmittel zu gelten hat;

in Erwägung nämlich, daß in Betreff des Thatbestandes des Meineides bei der Frage:

ob dieses Beglaubigungsmittel dasjenige sein müßte,

welches dem wirklichen Religionsbekenntnisse, also demjenigen, welchem der Schwörende in der That angehört, entspricht?

oder:

ob es nur dasjenige zu sein brauche, welches dem vor dem Richter angegebenen Religionsbekenntnisse des Schwörenden entspricht?

zwar nicht außer Acht gelassen werden kann, daß nur mit dem zuerst gedachten Erfordernisse zugleich die Rücksicht auf das religiöse Moment, nämlich die wissentliche Verletzung der Glaubensnorm, welche neben der Anrufung Gottes zugleich in der Eidesformel ausgedrückt ist, und welche nothwendig nur dann vorhanden sein kann, wenn diese Formel auch in der That dem wahren Bekenntnisse des Schwörenden entspricht, ihre Erfüllung findet; daß jedoch in überwiegendem Maaße diejenige Rücksicht vorwalten muß, welche in dem Gebrauche des die Rechtssicherheit gewährleistenden öffentlichen Beglaubigungsmittels ihren Ausdruck findet, und welche dazu führt, die Fälschung eben desjenigen Beglaubigungsmittels, zu welchem der Schwörende sich wissentlich und ausdrücklich vor dem Richter bekannt hat, und unter welchem ihm der öffentliche Glaube mit allen seinen für öffentliches und Privatrecht wichtigen Folgen beigelegt worden ist, als den Thatbestand des Meineides darstellend zu erachten; daß nur mit dieser Annahme alle jene Rücksichten auf die besondere Meinung des Schwörenden innerhalb seiner wirklichen Religion, welche zu der Erwägung führen könnten, ob der Schwörende auch in der That durch den Gebrauch der dieser seiner Religion entsprechenden Formel sich zur Aussage der Wahrheit gebunden fühle, fortfallen können, und daß nur mit dieser

Annahme jene Rechtssicherheit gewährleistet wird, während sie mit der bei dem zuerst gedachten Erfordernisse nothwendig zu folgernden Verpflichtung des Richters, vor jeder Eidesleistung außer der bloßen Angabe des Schwörenden über seine Religion auch zuverlässig festzustellen, daß in Wirklichkeit diese Angabe der wahren Religion des Schwörenden entspreche, offenbar auf das Erheblichste gefährdet werden würde;

daß dieser Ausführung auch die Fassung des §. 128. Nr. 1. nicht widerspricht, nach welcher der Ableistung eines Eides gleich geachtet wird, wenn ein Mitglied einer Religionsgesellschaft, welcher das Gesetz den Gebrauch gewisser Betheuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, eine Erklärung unter der Betheuerungsformel seiner Religionsgesellschaft abgiebt, indem hier zwar allerdings diejenige Religionsgesellschaft gemeint ist, zu welcher der Erklärende in Wirklichkeit gehört, also nicht diejenige, zu welcher er sich nur vor dem Richter bekennt, jedoch überhaupt nur von der Dispensation von der Eidesleistung die Rede ist, während es sich in den andern Fällen um den fälschlichen Gebrauch wirklicher Formen der Eidesleistung handelt, in jenem Falle aber in der That auch das Gesetz, und zwar hier allein, in dem §. 203. Nr. 5. Tit. 10. Thl. I. der Allg Gerichts-Ordnung und in dem §. 335. Nr. 4. der Criminal-Ordnung dem Richter die Pflicht auferlegt, zuvor die Feststellung zu bewirken:

daß der Erklärende in der betreffenden Secte geboren sei, oder sich doch schon wenigstens seit einem Jahre vor dem Anfange des Processes zu derselben bekannt habe;

in Erwägung, daß hiernach die in der Untersuchung und vor den Geschworenen streitig gewordene Frage: ob der

Angeklagte in Wirklichkeit ein Jude oder ein **Christ** sei, gleichgültig ist, und daß es ebenso gleichgültig **ist**, **ob** die Geschworenen nach der ausdrücklichen Absicht **des** Gerichtshofes zugleich unzulässiger Weise die **Rechtsfrage** mit entschieden haben: daß das Schwören **eines Juden** nach evangelischem Ritus für einen wirklichen **Eid** zu halten sei, weil beide Fragen nach der obigen **Ausführung** die vorliegende Entscheidung nicht bedingen, diese **vielmehr** durch die unstreitige Thatsache, daß der **Angeklagte** nach demjenigen Religionsgebrauche, zu welchem er sich vor dem Richter bekannt hat, vereidet ist, und **durch** die Feststellung des Verdicts, daß das unter diesem **Eide** abgelegte Zeugniß wissentlich falsch abgelegt ist, getroffen **wird**;

in Erwägung, daß im Uebrigen die Beschwerde **über** die Nichtauflösung des Begriffes „Eid", soweit sie nicht **durch** das Obige erledigt ist, also in dem Sinne, daß die Geschworenen überhaupt geurtheilt haben, die von dem Richter mit dem Angeklagten vorgenommene Feierlichkeit sei wirklich ein Eid gewesen, unbegründet ist, da einmal in diesem Sinne der Eid als ein allgemein bekannter Rechtsbegriff zu erachten (Art. 82. des Gesetzes vom 3. Mai 1852), sodann aber es hier nicht streitig, vielmehr allseitig anerkannt ist, daß der Angeklagte nach evangelischem Ritus vorschriftsmäßig vereidet worden sei.

№ 44.

Wissentlich falsche Versicherung an Eidesstatt. Theilnahme.

1) Ob die von Candidaten der dritten Prüfung der Immediat-Justiz-Examinatons-Commission

wissentlich falsch abgegebene Versicherung an Eidesstatt, daß sie die practische oder wissenschaftliche Prüfungs-Arbeit ohne fremde Hülfe angefertigt, und daß sie außer den bezeichneten Rechtsquellen keine andere benutzt, unter die Bestimmung des §. 129. des Straf-Gesetz-Buchs fällt?

2) Ob bei diesem Vergehen eine Theilnahme im Sinne des §. 34. Nr. 2. des Str. G. B. auch außer dem Falle der gegebenen Anleitung stattfinden kann?

Gegen mehrere gerichtliche Beamte wurde im Jahre 1855 bei dem Stadtgerichte zu Berlin zufolge §. 129. des Str. G. B. die Anklage erhoben, daß sie sich als Candidaten der dritten juristischen Prüfung bei Anfertigung der practischen und wissenschaftlichen Probearbeiten der Beihülfe des Repetenten P. bedient, dennoch aber der Immediat-Justiz-Examinations-Commission die eidesstattliche Versicherung, daß sie die Arbeiten selbst, ohne fremde Beihülfe, angefertigt, und außer den bezeichneten Rechtsquellen keine andere benutzt, abgegeben hätten, ohne von jener Hülfe Erwähnung zu thun. Gegen P. lautete die Anklage auf wissentliche Theilnahme nach §. 34. Nr. 2. des Str. G. B. durch Verschaffung der Mittel und Hülfeleistung.

Die Beschuldigten bestritten bei Verhandlung der Sache nicht nur die thatsächlichen Voraussetzungen der Anklage, sondern behaupteten auch in rechtlicher Beziehung,

1) daß die Immediat-Justiz-Examinations-Commission nicht den im §. 129. vorausgesetzten Charakter einer öffentlichen Behörde habe;

2) daß die Versicherung nur schriftlich abgegeben sei, während der §. 129. eine mündliche, vor der Behörde ausgesprochene Erklärung unterstelle;
3) daß die Immediat-Justiz-Examinations-Commission gesetzlich nicht berechtigt sei, eine solche eidesstattliche Versicherung zu erfordern.

Denn die Prüfungs-Regulative vom 14. Juni 1847 und 13. December 1849 erwähnten nicht mehr diese Versicherung bei den practischen Arbeiten, und sei daher anzunehmen, daß die Bestimmung der A. G. O. §. 27. Tit. 4. Thl. III. ferner keine Anwendung finden solle. Bei den wissenschaftlichen Arbeiten werde diese Versicherung zwar vorgeschrieben, allein die Regulative hätten keine gesetzliche Kraft, weil das erste von 1847 nicht in der Gesetz-Sammlung stehe, und das zweite von 1849 nicht den Kammern vorgelegt worden. Möchten dieselben auch für die Beamten bindend sein, und eine Nichtbefolgung im Disciplinarwege geahndet werden können, so dürften sie doch nicht als Basis eines Criminal-Verfahrens anzusehen sein. Da hier jede ausdehnende Interpretation unstatthaft erscheine, so könne man auch nicht annehmen, daß die Vorschrift der Allgemeinen Gerichts-Ordnung implicite in die Regulative gültig übergegangen sei.

Der Angeklagte P. bestritt, daß hier eine strafbare Theilnahme im gesetzlichen Sinne vorliege.

Das Stadtgericht zu Berlin erkannte durch Urtel vom 20. Juni 1855 unter Verwerfung dieser rechtlichen Einwendungen, daß die Angeklagten G., v. E., F., S. und T. schuldig, einer öffentlichen Behörde eine Versicherung an Eidesstatt wissentlich falsch abgegeben zu haben, und verurtheilte dieselben zu Gefängnißstrafen von mehreren Monaten, erkannte ferner, daß der Angeklagte P. der wiederholten

Theilnahme an dem wiederholten Vergehen der einer öffentlichen Behörde wissentlich falsch abgegebenen Versicherung an Eidesstatt schuldig, und deshalb mit achtzehnmonatlichem Gefängniß zu bestrafen.

Die Angeklagten appellirten, und machten außer neuen Beweisen die angeführten Rechtsgründe wiederholt geltend. Das Kammergericht bestätigte hierauf am 5. März 1856 das erste Erkenntniß hinsichtlich der Strafbarkeit der Angeklagten G., v. E., F., S. und T., ermäßigte jedoch die ausgesprochenen Gefängnißstrafen — reformirte sodann dasselbe in Bezug auf den Angeklagten P., erklärte diesen der Theilnahme nicht für schuldig, und sprach ihn von der Anklage frei.

In den Motiven wird zwar als bewiesen angenommen, daß dem P. bekannt gewesen, daß die Candidaten zur eidesstattlichen Versicherung verpflichtet, daß sie seine Hülfe in Anspruch genommen, um davon Gebrauch zu machen, und daß sie auch dieselbe wirklich benutzt hätten, das Kammergericht nimmt aber eine strafbare Theilnahme deshalb nicht an, weil nicht festgestellt worden, daß P. eine falsche eidesstattliche Versicherung bezweckt, weil die Anfertigung der Probearbeiten ganz getrennt von dieser Versicherung bestehe, die erstere nicht als das Werkzeug oder das Mittel zur Verübung der falschen eidesstattlichen Erklärung zu betrachten, und weil letztere sich so unmittelbar und ausschließlich an die Person des Versichernden binde, daß außer der Verleitung nicht von einer anderen Theilnahme durch Beschaffung von Mitteln oder Hülfeleistung die Rede sein könne.

Die zuerst genannten fünf Angeklagten haben die Nichtigkeits-Beschwerde angemeldet und Verletzung des Strafgesetzes behauptet, indem sie im Wesentlichen die oben angeführten Rechtsgründe wiederholen und die Eigenschaft der

Immediat-Justiz-Examinations-Commission als eine öffentliche Behörde auch deshalb bestreiten, weil sie kein **imperium** habe und nur eine begutachtende Stellung einnehme.

Ebenso hat der Ober-Staats-Anwalt wegen **Freisprechung** des Angeklagten P. die Nichtigkeits-Beschwerde **angemeldet** und dieselbe auf Verletzung des Strafgesetzes **durch** Nichtanwendung gegründet, indem die Rechtsgründe **des** Appellations-Richters angegriffen werden.

Das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen Abthl. I., hat am 19. November 1856 in der Sache
in Erwägung, was

I. die Nichtigkeits-Beschwerde der Angeklagten G., v. E., F. S. und T. betrifft, daß dieselben nach der thatsächlichen Feststellung beider Instanzen im Jahre 1853 und 1854 als Candidaten der dritten Prüfung eine practische Prüfungsarbeit, resp. eine wissenschaftliche Prüfungsarbeit, zu deren Anfertigung sie sich der Hülfe des Mitangeklagten P. bedient, der Immediat-Justiz-Examinations-Commission eingereicht und dabei eidesstattlich versichert, daß sie diese Arbeit ohne fremde Hülfe angefertigt, und bei der wissenschaftlichen noch besonders, daß sie außer den allegirten Rechtsquellen keine andere benutzt, mithin der genannten Behörde eine Versicherung an Eidesstatt wissentlich falsch abgegeben haben,

daß in dieser Feststellung, wie der Appellations-Richter mit richtigen Gründen ausführt, die Voraussetzungen des §. 129. des Str. G. B. sämmtlich enthalten sind, daher die erkannten Gefängnißstrafen von sechs, fünf und vier Monaten sich rechtfertigen,

daß nämlich die Immediat-Justiz-Examinations-Commission durch die Ordre vom 12. November 1755 für die Geschäfte der dritten Prüfung berufen und diese Be-

stimmung in dem §. 26. Tit. 4. Thl. III. der A. G. O. wiederholt worden, demnach das Bestehen der Commission sowohl auf gesetzlicher Vorschrift beruht, als auch ihre Wirksamkeit auf den Staatsdienst sich bezieht, mithin derselben der Charakter einer öffentlichen Behörde im Sinne des §. 129. des Str. G. B. beizulegen, hierbei jedoch der Umstand, wie weit die Competenz dieser Behörde gehe, ob sie über das Resultat der Prüfung definitiv zu entscheiden, oder die Verhandlungen mit ihrem Gutachten dem Justiz-Ministerium vorzulegen habe, nicht von Einfluß ist, in jedem Falle aber die Commission im Auftrage des Justiz-Ministeriums die eidesstattliche Versicherung angenommen, somit die Versicherung einer öffentlichen Behörde abgegeben sein würde,

daß ferner der §. 129. zwischen der mündlichen und schriftlichen Form der Versicherung nicht unterscheidet, die Materialien auch nachweisen, daß beiden Formen eine gleiche Wirkung zugeschrieben werden sollte, indem

1) der Entwurf von 1843, um die schriftlichen Versicherungen abzustellen, erforderte, daß die Versicherung vor einer Behörde abzugeben sei, diese Bestimmung jedoch nicht in die späteren Entwürfe übergegangen ist, und
2) bei dem ständischen Ausschusse im Jahre 1848 ausdrücklich beantragt worden, die Vorschrift des §. 156. des damaligen Entwurfs nur dann eintreten zu lassen, wenn eine protocollarische Aufnahme vorausgegangen, dieser Antrag aber abgelehnt und dabei erwogen worden, daß die betreffenden Gesetze, welche eine schriftliche Versicherung zulassen, nicht abgeändert werden sollten,

daß sodann die eidesstattliche Versicherung bei Einrei-

chung der Prüfungsarbeiten auf Grund eines Gesetzes abgegeben wird, und in dieser Hinsicht die Allg. Ger. Ordn. in dem §. 27. Tit. 4. Thl. III. vorschreibt, daß der Candidat eine schriftliche an Eidesstatt ausgestellte Versicherung, daß er die beiden Probe-Relationen selbst ohne fremde Beihülfe angefertigt, beizufügen habe,

daß, wenn hinsichtlich der practischen Arbeit durch die Regulative vom 22. Juni 1847 und 10. December 1849 mit Rücksicht auf das veränderte Civilproceß-Verfahren und die neue Gerichts-Organisation gestattet ist, daß die Probe-Relation entweder nach dem alten Verfahren in Gemäßheit der darüber bestehenden Vorschriften oder nach der Verordnung vom 21. Juli 1846 angefertigt werde, und wenn in denselben von der eidesstattlichen Versicherung keine Erwähnung geschieht, hierdurch der §. 27. der A. G. O., insoweit er die letztere betrifft, um so weniger aufgehoben ist, als das Regulativ vom 10. December 1849 unter III. Nr. 2. ausspricht, daß die durch dasselbe nicht abgeänderten Vorschriften und reglementarischen Bestimmungen auch ferner maaßgebend sein sollen,

daß diese Regulative an Stelle der zweiten Relation eine wissenschaftliche Abhandlung vorschreiben und hierbei die Angabe der außer den Gesetzbüchern benutzten Quellen unter eidesstattlicher Versicherung verlangen,

daß bei dieser Abänderung von der Frage, ob den Regulativen mit Bezug auf §. 1. des Gesetzes vom 3. April 1846 und Art. 62. der Verfassung Gesetzeskraft beizumessen, abgesehen werden kann, und für den vorliegenden Fall genügt, daß die Anordnung der Gegenstände, worüber sich die mündliche und schriftliche Prüfung zu erstrecken habe, zum Ressort der Verwaltung gehört, mithin durch ein Regulativ festgesetzt werden kann, die Be-

bingung aber, daß der Candidat bei den schriftlichen Arbeiten eidesstattlich versichere, dieselben ohne fremde Beihülfe angefertigt zu haben, bereits durch die Vorschrift der Allgem. Ger. Ordn. feststeht, und sich auf alle schriftlichen Arbeiten beziehen muß, wenn sie zum Maaßstab der Fähigkeit des Candidaten dienen sollen, daß demnach die geforderte Angabe der benutzten Quellen unter eidesstattlicher Versicherung nicht eine Modification der Allgem. Ger. Ordn., sondern nur eine Anwendung des von ihr angenommenen Princips enthält, und die Immediat-Justiz-Examinations-Commission mit Recht bei der wissenschaftlichen Abhandlung die nämliche eidesstattliche Versicherung, wie bei der practischen Arbeit hinsichtlich der fremden Beihülfe gefordert hat,

daß hiernach die Nichtigkeits-Beschwerde der Angeklagten sich als unbegründet darstellt;

II. auf die Nichtigkeits-Beschwerde des Ober-Staats-Anwalts,

daß das Stadtgericht in Berlin in dem Erkenntniß vom 20. Juni 1856, indem es den Mitangeklagten P. wegen wiederholter Theilnahme an dem wiederholten Vergehen der, einer öffentlichen Behörde wissentlich falsch abgegebenen Versicherung an Eidesstatt, zu achtzehnmonatlicher Gefängnißstrafe und Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf zwei Jahre verurtheilt, thatsächlich feststellt, daß derselbe in den Jahren 1853/1854 den genannten fünf Mitangeklagten in Bezug auf zwei practische und vier wissenschaftliche, der Immediat-Justiz-Examinations-Commission einzureichende Examen-Arbeiten, zur wissentlichen falschen Abgabe eidesstattlicher Versicherungen vor dieser Behörde wissentlich sowohl Mittel, welche zur That gedient haben, gewährt, als auch in den Handlun-

gen, welche die wissentlich falsche Versicherung vorbereiteten, Hülfe geleistet habe,

daß dagegen der Appellations-Richter, welcher den Angeklagten dieser Theilnahme nicht für schuldig erklärt, nach dem Resultat der wiederholten Beweisaufnahme dieses als thatsächlich festgestellt nicht annimmt,

daß diese Feststellung der zweiten Instanz, wie die Motive unzweifelhaft ergeben, nicht die Folge thatsächlicher Ermittelungen, sondern der Schluß aus rechtlichen Ansichten ist, demnach einer Prüfung in dem gegenwärtigen Verfahren unterliegt,

daß in dem angegriffenen Urtel als erwiesen angenommen wird, 1) P. habe nicht weniger als die Candidaten die Bestimmungen wegen der eidesstattlichen Versicherung gekannt, 2) ebenso gewußt, daß die Candidaten seine Hülfe in Anspruch genommen, um davon, weil sie ihren Kräften nicht vertraut, Gebrauch zu machen, 3) dadurch, daß er die gesammelten Notizen und angefertigten Ausführungen den Mitangeklagten überlassen, habe er zu den von ihnen als ihre eigenen Producte ausgegebenen Arbeiten die Mittel gewährt,

daß der Appellations-Richter sodann von der Ansicht ausgeht, P. würde, im Falle eine Benutzung fremder Hülfe zu Probearbeiten überhaupt strafbar wäre, wegen Gewährung solcher Hülfe gleichfalls zu bestrafen sein,

daß aber die Anwendung des §. 34. Nr. 2. des Str. G. B. aus dem Grunde ausgeschlossen werde, weil die Anfertigung der Probearbeiten sich nicht mit der eidesstattlichen Versicherung identificiren lasse, vielmehr beide Handlungen getrennt und selbstständig seien, weil ferner die von den Mitangeklagten unter seiner Beihülfe gefertigten Arbeiten nicht das Werkzeug oder das Mittel zur

Verübung der falschen eidesstattlichen Erklärung, sondern nur das Object bildeten, hinsichtlich dessen die fremde Hülfe negirt worden, weil das Mittel, durch welches die falsche eidesstattliche Versicherung begangen werde, die eigene persönliche Erklärung des Versichernden sei, und so unmittelbar und ausschließlich an die Person des Thäters sich binde, daß zwar von einer Verleitung zu diesem Vergehen, nicht aber von einer, nicht mit dieser Verleitung zusammentreffenden selbstständigen Beschaffung von Mitteln oder von Hülfeleistung im Sinne des Gesetzes die Rede sein könne;

daß jedoch diese rechtliche Schlußfolge aus den thatsächlichen Vordersätzen sich nicht rechtfertigt,

daß die Anfertigung der Probearbeiten und die eidesstattliche Versicherung allerdings an und für sich als zwei getrennte Handlungen zu betrachten sind, dieser Umstand aber der Anwendung des §. 34. Nr. 2. nicht entgegentritt, da gerade das Charakteristische der hier gedachten Theilnahme darin besteht, daß der Theilnehmer an der Ausführung der Hauptthat nicht mitwirkt, widrigenfalls er als Miturheber zu betrachten wäre,

daß ferner die Handlung des Theilnehmers im Sinne des §. 34. Nr. 2. an und für sich erlaubt sein kann, und ihre Strafbarkeit erst dadurch bedingt wird, daß sie mit Wissen desselben in Verbindung zu der strafbaren That tritt, indem sie die Mittel dazu gewährt, oder sie vorbereiten, erleichtern oder vollenden hilft, —

daß die weitere Annahme, bei der falschen eidesstattlichen Versicherung könne so wenig, wie bei dem Meineide, eine Theilnahme außer der Verleitung stattfinden, weder durch die Bestimmung des Strafgesetz-Buchs, noch durch

die besondere Natur dieses Vergehens ihre **Begründung** findet,

daß die Erklärung des Versichernden nicht **unmittelbarer** und ausschließlicher an seine Person **gebunden** ist, als die Ausführung jeder anderen strafbaren **That** nur dem Handelnden zugerechnet werden kann, **hierin** aber kein Grund liegt, die Möglichkeit zu verneinen, **daß** Andere wissentlich Mittel zu dieser That verschaffen, **oder** in den vorbereitenden Handlungen Hülfe leisten,

daß die eidesstattliche Versicherung hier ohne die Probearbeit nicht abgegeben werden konnte, beide **Handlungen** daher in dieser Hinsicht als ein Ganzes erscheinen, mithin derjenige, welcher durch Ueberlassung der gesammelten Notizen und angefertigten Ausführungen den Mitangeklagten die Mittel zu den von ihnen als ihre eigene Producte ausgegebenen Arbeiten gewährt hat, wissend, daß die vorgeschriebene Betheurung stattfinden, mithin *falsch* abgegeben werden sollte, ein Mittel, welches zu der That gedient, wissentlich verschafft hat,

daß hiermit der rechtliche Grund, weshalb der Appellations-Richter von der thatsächlichen Feststellung des ersten Richters abweicht, sich beseitigt, und es bei dieser Feststellung verbleiben muß, nach welcher die §§. 35. und 129. des Str. G. B. zur Anwendung kommen, da, wie oben angeführt, die Voraussetzungen des §. 34. Nr. 2. vorliegen, namentlich die festgestellte Wissenschaft des Angeklagten sich nur auf den Umstand zu beziehen hat, daß die von ihm geschafften Mittel zu der strafbaren That dienen sollten, nicht aber erfordert wird, daß der Angeklagte selbst die Abgabe der falschen eidesstattlichen Versicherung bezweckt oder dazu verleitet habe,

daß nach den obwaltenden Umständen eine Gefängniß-

strafe von einem Jahre gegen den Angeklagten P. auszusprechen, und auf dieses Maaß die von dem ersten Richter erkannte Strafe herabzusetzen ist;

daß endlich aus den von dem Appellations-Richter bei den anderen Mitangeklagten geltend gemachten Gründen von der zeitweisen Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte auch bei dem Angeklagten P. abzusehen ist,

dahin erkannt:

daß die Nichtigkeits-Beschwerde der Angeklagten G., v. E., F. S. und T. gegen das Urtel des Criminal-Senats des Kammer-Gerichts vom 5. März 1856 zurückzuweisen;

daß sodann auf die Nichtigkeits-Beschwerde des Ober-Staats-Anwalts, das erwähnte Urtel soweit es den Mitangeklagten P. betrifft, zu vernichten, und zur Sache selbst auf die Appellation dieses Angeklagten das Erkenntniß des Stadtgerichts zu Berlin vom 20. Juni 1855 dahin abzuändern, resp. zu bestätigen, daß der Angeklagte P. zu einer Gefängnißstrafe von einem Jahre zu verurtheilen.

№ 45.

Entwendung eines Sparcassen-Buchs.

Die Entwendung eines Sparcassen-Buchs, um einen Theil der darin verschriebenen Summe bei der Sparcasse zu erheben, begründet Diebstahlsstrafe. Präjudicien des Senats für Strafsachen Nr. 221.

Str. G. B. §. 215.

Nach der Feststellung im Erkenntnisse des herzoglich Anhaltschen Kreisgerichts zu Bernburg, vom 23. August 1853, hat die Angeklagte, Ehefrau K. ein den Eheleuten F. gehöriges Sparcassen-Buch über 165 Thlr. aus deren Schranke in der Absicht rechtswidriger Zueignung weggenommen, darauf 10 Thlr. nebst 8 Sgr. 3 Pf. Zinsen von der Sparcasse zu Bernburg erhoben und sodann das Sparcassen-Buch, wie sie dies von Anfang an beabsichtigt hatte, wieder in den Schrank des F., wo es gelegen hatte, gelegt. Das Kreisgericht hat bemerkt, daß die Sparcassen-Einlagen notorisch an jeden Inhaber der Bücher, ohne Nachweis über deren Erwerb, ohne Weiteres ausgezahlt werden; ausgeführt, daß die Handlung der Angeklagten ein Diebstahl, nicht ein Betrug sei, daß aber das Sparcassen-Buch nicht in seinem ganzen Werthe von 165 Thlrn., vielmehr nur auf Höhe von 10 Thlrn. als gestohlen anzusehen sei, und die Angeklagte wegen Diebstahls zu drei Monaten Gefängniß verurtheilt. Sie hat appellirt und ihr Vertheidiger ausgeführt, daß die Absicht der Angeklagten nicht dahin gegangen sei, sich das Sparcassen-Buch als eine körperliche Sache anzueignen, da sie es ja nach Erhebung der 10 Thlr. habe wieder zurückgeben wollen und zurückgegeben habe, sie habe nur die Absicht gehabt, sich eines Forderungsrechts zu bemächtigen; eine Obligation könne aber nicht Gegenstand eines Diebstahls sein.

Das Appellations-Gericht zu Bernburg hat erwogen: Nach der Absicht und Ausführung der Diebstahlshandlung würde nur die Summe von 10 Thlrn. 8 Sgr. 3 Pf. als Diebstahls-Gegenstand bestehen bleiben, so daß dadurch der rechtlichen Ausführung der Vertheidigung, daß eine Urkunde, eine Obligation nicht Object eines Diebstahls sein könne, für den gegenwärtigen Fall der Boden

entzogen wäre. Abgesehen davon, daß diese Behauptung sehr bestritten ist, kommt hier in Betracht, daß nach dem Strafgesetz-Buche (§. 124.) positiv dem Gelde gleich gestellt ist jede vom Staate oder unter dessen Autorität von Corporationen, Gesellschaften oder Privatpersonen ausgestellte auf den Inhaber lautende Schuldverschreibung. Nach den landesherrlich genehmigten Statuten der Sparcasse zu Bernburg vom 12. Juni 1823 ist aber ein Sparcassen-Buch der Bernburger Sparcasse ein auf den Inhaber lautender Schein, da die Zahlung an den Vorzeiger des Sparcassen-Buchs geschieht, und wenn von der Sparcassen-Verwaltung der Name des ersten Einlegers in das Buch eingeschrieben wird, so ist dieses nichts Wesentliches, nicht einmal dem Inhalt der Statuten — vergl. §§. 5., 7. und 11. — völlig entsprechend, und kann darum auch an der Natur dieser landesherrlich approbirten Schuldscheine nichts ändern, dieselben sind vielmehr durch die höchste Sanction wirklich geldwerthe Papiere au porteur.

Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß an einem Sparcassen-Buche allerdings ein Diebstahl begangen werden könne, wenn schon für den jetzigen Fall, nach dem Obigen, es hierauf nicht einmal ankommt, weil hier nur die bestimmte Summe von 10 Thlrn. Capital nebst Zinsen Object des Diebstahls ist. —

und am 14. October 1856 das erste Erkenntniß mit der Maaßgabe bestätigt, daß die Gefängnißstrafe von drei auf zwei Monate herabzusetzen.

Die hiergegen theils wegen Verletzung von Vorschriften des Verfahrens, theils wegen unrichtiger Anwendung des §. 215. des Anhalt-Bernburgischen Strafgesetz-Buches (der mit dem §. 215. des Preußischen Str. G. B. über-

einstimmt), von der Angeklagten eingelegte Richtigkeits-Beschwerde ist vom Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abthl. II. mittelst Erkenntnisses vom 8. Januar 1857

in Erwägung, daß der erste Richter thatsächlich festgestellt hat: daß Angeklagte am 7. Juli 1856 den Entschluß faßte, von den F.'schen Eheleuten ein Sparcassen-Buch über 165 Thlr., von dem sie wußte, daß es in einem Schranke der F.'schen Wohnung lag, sich rechtswidrig anzueignen, mit diesem Buche alsdann nach der Sparcasse zu Bernburg zu gehen, sich 10 Thlr. darauf geben zu lassen, und sodann das Sparcassen-Buch wieder in den Schrank der F.'schen Wohnung zu bringen;

daß die Angeklagte in Ausführung dieses Entschlusses aus dem Schranke das über 165 Thlr. lautende Sparcassen-Buch in der Absicht rechtswidriger Aneignung weggenommen, auf dasselbe 10 Thlr. Capital und 8 Sgr. 3 Pf. Zinsen von der Sparcasse entnommen und sodann dieses Buch, in dem der, von der Angeklagten, erhobene Betrag abgeschrieben war, in den Schrank des F., wo es gelegen, zurückgelegt hat;

daß diese Feststellung genügend deutlich enthält, daß das weggenommene Sparcassen-Buch ein über an die Sparcasse zu Bernburg gemachte Sparcassen-Einlagen lautendes war, und daß eben so auf solche an die Sparcasse zu Bernburg gemachten Sparcassen-Einlagen die weitere thatsächliche Feststellung des ersten Richters sich bezieht:

daß die Sparcassen-Einlagen an jeden Inhaber der Bücher ohne Nachweis über deren Erwerb ohne Weiteres ausgezahlt werden,

daß der erste Richter diese letztere Feststellung, welche eine rein thatsächliche über das, was bei der Sparcasse zu

Bernburg allgemein geschieht, ist, auf Grund der Notorietät gemacht hat, und

daß es nach §. 25. des herzoglich Anhaltischen Gesetzes vom 28. März 1850 zulässig und zuweilen unvermeidlich ist, von denjenigen Thatsachen, auf deren Grund der Richter die schließliche Feststellung der thatsächlichen Merkmale des Vergehens baut, eine und die andere auf Grund der Notorietät in die Begründung dieser seiner schließlichen Ueberzeugung aufzunehmen;

in Erwägung, daß der Appellations-Richter unter Berufung auf die §§. 5., 7. und 11. der landesherrlich genehmigten Statuten der Sparcasse zu Bernburg vom 12. Juni 1823 ausspricht, daß die von der Sparcasse zu Bernburg ausgegebenen Sparcassen-Bücher durch die höchste Sanction geldwerthe Papiere im Sinne des §. 124. des Strafgesetz-Buches seien;

daß dieser Ausspruch aber keine thatsächliche Feststellung, sondern eine Rechtsansicht enthält, und zwar eine unrichtige Ansicht, indem der Appellations-Richter dieselbe allein aus der, mit der ebengedachten Feststellung des ersten Richters im Wesentlichen übereinstimmenden Voraussetzung:

daß die Zahlung an den Vorzeiger des Sparcassen-Buches geschieht,

folgert und es für unwesentlich, nicht einmal dem Inhalte der Statuten völlig entsprechend erklärt, daß von der Sparcassen-Verwaltung der Name des ersten Einlegers in das Buch eingeschrieben wird, aber gerade der Umstand:

daß — es mag den Statuten völlig entsprechen oder nicht — thatsächlich der Name des Einlegers d. i. des ursprünglichen Gläubigers in das Buch eingeschrieben wird, dasselbe zu einer nicht auf jeden Inhaber, son-

dern auf den genannten Gläubiger lautenden Schuldverschreibung macht — mag auch daneben in den Statuten bestimmt sein, daß an jeden Vorzeiger des Buches, ohne jeglichen Nachweis seiner Legitimation, die Sparcasse Zahlung leisten dürfe oder solle —; so daß der Appellations-Richter nach Dem, was er und was der erste Richter thatsächlich vorausgesetzt hat, das in Rede stehende Sparcassen-Buch mit Unrecht für eine mit landesherrlicher Autorität ausgestellte, auf den Inhaber lautende Schuldverschreibung im Sinne des §. 124. des Str. G. B. erklärt hat, der eine, hierauf gestützte, Entscheidungsgrund: weshalb an einem Sparcassen-Buche ein Diebstahl begangen werden könne, also hinfällig ist;

in Erwägung, daß ebenso die andere principale Begründung des Appellations-Urtels:

daß die der Angeklagten von der Sparcasse gezahlten 10 Thlr. 8 Sgr. 3 Pf. der eigentliche Gegenstand des Diebstahls seien,

unrichtig ist, indem die von der Sparcasse gegen Vorzeigung des Sparcassen-Buches, in welchem diese Zahlung vermerkt wurde, der Angeklagten gezahlten Geldstücke sofort in das Eigenthum der Angeklagten durch Tradition Seitens des bisherigen Eigenthümers, des Instituts der Sparcasse, übergingen, an diesen Geldstücken also kein Diebstahl verübt ist, die Forderung auf die 10 Thlr. 8 Sgr. 3 Pf, welche den Eheleuten F. zustand, aber als eine unkörperliche Sache nicht Gegenstand eines Diebstahls sein kann;

in Erwägung, daß, wenn hiernach die specielle Motivirung des Appellations-Richters, weshalb auf die festgestellte That der Angeklagten der §. 215. des Str. G. B. an-

wendbar sei, nicht stichhaltig ist, hieraus doch noch nicht folgt, daß dieser §. 215. nicht mit Recht angewandt worden sei;

in Erwägung, daß das in Rede stehende Sparcassen-Buch eine körperliche Sache ist, also in so weit Gegenstand eines Diebstahls sein konnte, und daß, weil es als Urkunde die Bedeutung hat, daß, wenn auch auf einen bestimmten Gläubiger ausgestellt, dennoch jeder Inhaber darauf das verschriebene Capital bei der Sparcasse erheben konnte; — die Absicht, über das Buch rechtswidrig, wie ein Eigenthümer zu disponiren, indem man darauf die verschriebene Summe bei der Sparcasse erhebe, recht eigentlich die zum Vergehen des Diebstahls erforderliche Absicht rechtswidriger Zueignung ist;

in Erwägung, daß der Appellations-Richter die Eingangs gedachte thatsächliche Feststellung des ersten Richters nicht abgeändert hat;

daß, wenn in derselben die Absicht der Angeklagten dahin festgestellt worden ist:

das Sparcassen-Buch der F.schen Eheleute über 165 Thlr. sich rechtswidrig anzueignen mit diesem Buche nach der Sparcasse zu gehen, sich 10 Thlr. darauf geben zu lassen und sodann dasselbe wieder in den Schrank der F.'schen Wohnung zu tragen,

diese letztere von vornherein gefaßte und ausgeführte Absicht, das Buch nach Erhebung der 10 Thlr. wieder an seinen Ort in der F.'schen Wohnuung zu legen, keinesweges in Widerspruch mit der ersteren Absicht, sich das Buch zuzueignen, steht;

daß vielmehr, weil auch die Absicht, nur einen Theil der 165 Thlr., über welche das Buch ungetheilt lautete, mittelst Vorzeigung des Buches zu erheben, nicht die Ab-

sicht eines Gebrauches, wie ihn auch der Nichteigenthümer z. B. der Leiher, der Miether von einer Sache machen kann, ist, sondern dahin gerichtet ist, über das ganze Sparcassen-Buch wie ein Eigenthümer zu disponiren, es Dem entsprechend, wenigstens nicht widersprechend ist, wenn festgestellt ist, daß die Angeklagte das Sparcassen-Buch in der Absicht, sich dasselbe rechtswidrig anzueignen, weggenommen, auf dasselbe 10 Thlr. Capital und 8 Sgr 3 Pf. Zinsen entnommen und sodann dieses Buch, in dem der erhobene Betrag abgeschrieben war, ihrer ursprünglichen Absicht gemäß, in den Schrank des F., wo es gelegen, zurückgelegt habe;

in Erwägung, daß sonach eine, nicht durch einen inneren Widerspruch unhaltbare, sondern eine der Natur der Sache entsprechende thatsächliche Feststellung vorliegt, wonach die Angeklagte eine fremde bewegliche Sache, nämlich eine fremde Urkunde, welche die Bedeutung hatte, daß jeder Inhaber darauf 165 Thlr. bei der Sparcasse zu Bernburg erheben konnte, in der Absicht weggenommen hat, sich die ungetheilte Urkunde, also die ganze Sache rechtswidrig anzueignen;

daß also Wegnahme und rechtswidrige Aneignung in ihrem Objecte völlig zusammenfallen,

daß aber die Angeklagte nie die Absicht gehabt hat, den ganzen Vortheil dieser rechtswidrigen Aneignung und Wegnahme auszubeuten oder festzuhalten;

daß sie vielmehr die gestohlene Sache, die Urkunde, nachdem sie derselben nur einen Theil ihrer Bedeutung genommen und für sich ausgebeutet haben würde, an den Ort, von wo sie dieselbe gestohlen hatte, zurück zu tragen von vorn herein beabsichtigt und dies ausgeführt hat;

daß nach dieser Feststellung die §§. 215. und 216.

des Str. G. B. gegen die Angeklagte angewendet werden mußten, der Appellations-Richter dieselben also mit Recht angewendet hat,

zurückgewiesen worden.

№ 46.

Schwerer Diebstahl an Sachen, welche ein Blödsinniger oder ein Kind an oder bei sich führt.

Es ist ein schwerer Diebstahl nach §. 218. Nr. 5. des Str. G. B. und nicht nur Unterschlagung, wenn Jemand Sachen, die ein Blödsinniger oder ein Kind unter 12 Jahren an oder bei sich führt, sich von demselben schon in der Absicht, sich dieselben rechtswidrig zuzueignen, unter dem Vorwande, sie für ihn zu tragen oder zu halten, geben läßt, und nun dieselben in solcher Absicht fortschafft. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 211.

Str. G. B. §. 218. Nr. 5.

Das Strafgesetz-Buch straft im §. 218. Nr. 5. als schweren Diebstahl, wenn Sachen, welche eine blödsinnige Person oder ein Kind unter 12 Jahren an oder bei sich führt, gestohlen werden.

Der bereits wiederholentlich in den letzten zehn Jahren wegen Diebstahls rechtskräftig verurtheilte Arbeiter W. ist abermals wegen Diebstahls angeklagt worden. Am 27. Januar 1856 ging nach der Anklage die siebenjährige Emilie R. mit einem Korbe, worin 2 Thlr. 5 Sgr. lagen, aus

der F.'schen Zuckerfabrik in der Neustadt Magdeburg auf dem Wege nach Magdeburg; der Angeklagte ging mit ihr, schickte sie mit dem Auftrage, nach seiner Schwester zu fragen, in eine am Wege liegende Strecke und forderte sie auf, ihm unterdessen ihren Korb zu geben, was sie auch that; während sie auf der Strecke gewesen, soll er das Geld in der Absicht rechtswidriger Zueignung aus dem Korbe genommen haben und dann fortgelaufen sein. Das Stadt- und Kreisgericht zu Magdeburg hat mittelst Beschlusses vom 19. Februar die Untersuchung gegen ihn wegen einfachen Diebstahls im wiederholten Rückfalle eröffnet, mittelst des rechtskräftig gewordenen Erkenntnisses vom 26. Februar aber seine Incompetenz ausgesprochen, weil der Diebstahl nach §. 218. Nr. 6. (jetzt Nr. 5.) des Str. G. B. ein schwerer sei. Der Anklage-Senat hat mittelst Beschlusses vom 31. Mai 1856 unter Aufhebung dieses Beschlusses den Angeklagten wegen schweren Diebstahls im wiederholten Rückfalle außer Verfolgung gesetzt und die Untersuchung gegen ihn nur wegen Unterschlagung eröffnet, und zwar unter Bezugnahme auf die Entscheidung der ersten Abtheilung des Senats für Strafsachen beim Ober-Tribunal vom 25. Mai 1853 (Archiv Bd. I. S. 399. 400.) wider K.

Da hiernach ein negativer Competenz-Conflict vorlag, so sind die Acten zur Entscheidung desselben bei dem Ober-Tribunal vorgelegt.

In dem so eben gedachten Erkenntnisse wider K. vom 25. Mai 1853 hat die erste Abtheilung auf die thatsächliche Feststellung:

daß die Angeklagte auf ihr Erbieten, der siebenjährigen S. ihr Bündel zu tragen, dasselbe von dem Kinde erhalten, aus demselben Garn herausgenommen habe und damit weggelaufen sei, daß sie schon, als sie das Bündel zu

tragen sich erboten, die Absicht gehabt habe, von dessen Inhalte sich etwas rechtswidrig zuzueignen, daß sie aber das Bündel der S. nicht weggenommen habe,

den §. 218. Nr. 2. nicht anwendbar erachtet, weil das Bündel zu der Zeit, als die Angeklagte aus demselben das Garn genommen, sich nicht in der Detention der siebenjährigen S. befunden, dieselbe vielmehr das Bündel der Angeklagten zum Tragen übergeben gehabt habe, dieses factische Verhältniß aber allein entscheide, und es darauf nicht ankommen könne, daß die S. eine rechtsverbindliche Willens-Erklärung nicht abgeben konnte, es auch einer Untersuchung der Frage nicht bedürfe, durch welche Handlung das Besitzrecht der S. in civilrechtlicher Hinsicht verletzt worden sei; es sei daher kein Diebstahl, sondern eine Unterschlagung begangen.

In der nun vorliegenden Sache nahm dagegen die zweite Abtheilung des Senats für Strafsachen an, daß die siebenjährige Emilie R., welche ohne Einwilligung ihres Vaters nach dem A. L. R. Thl. I. Tit. 4. §§. 21. 22. keine lästige Willenserklärung mit rechtlicher Wirkung abgeben konnte, die Detention des Korbes mit dem Gelde nicht an den Angeklagten übertragen konnte, daß daher dieser, indem er den Korb mit dem Gelde sich von ihr in der Absicht letzteres sich rechtswidrig zuzueignen, geben ließ, und in weiterer Ausführung dieser Absicht das Geld aus dem Korbe nahm, das Geld aus der Gewahrsam der Emilie R. in der gedachten Absicht weggenommen habe.

Da hiernach ein Conflict in der Auffassung beider Abtheilungen vorlag, so ist die Sache zur Entscheidung an das Plenum des Senats für Strafsachen gewiesen und dieses hat am 29. September 1856 beschlossen:

in Erwägung, daß die Frage:

ob, wenn Jemand eine fremde bewegliche Sache sich

von einem Kinde unter 12 Jahren geben **läßt** und dieselbe sich rechtswidrig aneignet und fortschafft, **Diebstahl** oder Unterschlagung vorliege?
allerdings verschieden beantwortet worden ist,

daß zuvörderst zu unterscheiden ist, ob ein **Solcher** zu der Zeit, als er die Sache sich von dem Kinde **geben** ließ, bereits die Absicht hatte, sich dieselbe **rechtswidrig** zuzueignen;

in Erwägung, daß nach den Aussagen der vernommenen Zeugen der Angeklagte genügend beschwert ist, der Emilie R., welche von der F.'schen Fabrik mit einem Korbe, worin 2 Thlr. 5 Sgr. lagen, weggegangen war, schon in der Absicht, sich dieses Geld widerrechtlich zuzueignen, nachgegangen zu sein, in eben dieser Absicht sie in eine vom Wege liegende Strecke mit dem Auftrage, dort nach seiner Schwester zu fragen, geschickt und sie aufgefordert zu haben, unterdessen ihm ihren Korb zu geben, was sie auch that, worauf er, während sie auf der Strecke war, sich mit dem Korbe entfernte, das Geld aus demselben nahm und mit diesem fortlief;

daß es nun zwar richtig ist, daß der Angeklagte in dem Augenblicke, als die siebenährige Emilie R. ihm den Korb mit dem Gelde gab und er ihn nahm, das physische Vermögen, über beides mit Ausschließung Anderer zu verfügen, also die Gewahrsam beider erlangte; daß aber dies eine einseitige Ergreifung der Gewahrsam war, indem die Emilie R. ohne ihren Vater nach dem A. L. R. Thl. I. Tit. 4. §. 22. nicht mit Wirkung Rechtens eine mit Nachtheilen für sie verbundene Willensäußerung abgeben, also zwar die Gewahrsam des Korbes mit dem Gelde verlieren, nicht aber durch eine Willens-Erklärung auf den Angeklagten übertragen konnte, so daß die Er-

greifung der Gewahrsam auf Seiten des Angeklagten ein Wegnehmen der Sache aus der Gewahrsam der Emilie R. war, und mit diesem Wegnehmen, weil es bereits in der Absicht, sich das im Korbe liegende Geld rechtswidrig zuzueignen, geschah, schon die strafbare Handlung des Diebstahls an dem Gelde vollendet wurde; wogegen, wenn Angeklagter sich den Korb mit dem Gelde in der erlaubten Absicht, beides der Emilie R. aufzubewahren, hätte von ihr geben lassen, hinterdrein aber erst den Vorsatz gefaßt hätte, sich das Geld rechtswidrig zuzueignen und nun in Folge dieses späteren Entschlusses dasselbe bei Seite geschafft hätte, Unterschlagung vorliegen würde, indem zwar auch dann die Emilie R. nicht in rechtlichem Sinne die Gewahrsam übertragen und keinen sie verpflichtenden Verwahrungs-Vertrag abgeschlossen, vielmehr der Angeklagte die Gewahrsam einseitig ergriffen, aber doch vermöge des auf seiner Seite verbindlichen Verwahrungs-Vertrages, also mit der Verpflichtung zur Rückgabe, erlangt haben würde;

in Erwägung, daß die Handlung des Angeklagten, welche nach dem Vorstehenden als die diebische Wegnahme characterisirt, ein Wegnehmen aus der unmittelbaren Gewahrsam der siebenjährigen Emilie R. ist, welche bis dahin den Korb mit dem Gelde bei sich führte, daß hierauf der §. 218. Nr. 6. der älteren, Nr. 5. der neueren Fassung des Str. G. B. Anwendung findet,

daß unter Aufhebung des Beschlusses des Criminal-Senates des Appellations-Gerichts zu Magdeburg vom 31. Mai 1856 der Arbeiter Eduard W. als hinreichend beschwert, am 27. Januar von der siebenjährigen Emilie R. einen Korb mit ihm nicht gehörigen 2 Thlr. 5 Sgr., welchen dieselbe bei sich führte, in der Absicht, sich diese 2 Thlr.

5 Sgr. widerrechtlich zuzueignen, sich geben gelassen zu haben und sodann die 2 Thlr. 5 Sgr. in dieser Absicht aus dem Korbe genommen zu haben,

wegen schweren Diebstahls im wiederholten Rückfalle, strafbar nach §§. 218. Nr. 6. der älteren, Nr. 5. der neueren Fassung und 219. des Str. G. B.

in den Anklagestand zu versetzen und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an das Schwurgericht zu Magdeburg zu verweisen.

№ 47.

Urkundenfälschung.

Zum Begriffe der Urkundenfälschung gehört es, daß die Handlung der Fälschung nach Absicht und Zweck gerade auf dasjenige Rechtsverhältniß von Einfluß sei, zu dessen Beweise die Schrift nach Maaßgabe des zweiten Absatzes des §. 247. des Str. G. B. von Erheblichkeit ist. Präjudiz des Senats für Strafsachen Nr. 207.

Str. G. B. §. 247.

Auf Grund einer gegen den Banquier C. M. verhandelten Voruntersuchung erscheint nach dem in soweit übereinstimmenden Befunde der Rathskammer des Stadtgerichts zu Berlin vom 21. April 1856 und Beschlusse des Anklage-Senats des Kammergerichts vom 21. Mai, der M. hinreichend belastet:

in zwei ihm am 2. October 1855 ausgestellten Schuld-

scheinen der Frau von A. über 550 Thlr. und der Gräfin Sch. über 2370 Thlr., welche er am 2. November dem Stempelamte zur Nachcassirung des Stempels vorlegte, vor dieser Vorlegung in gewinnsüchtiger Absicht, nämlich Behufs Abwendung der sonst verwirkten Stempelstrafe, das Datum: 2. October in den 22. October umgeändert und von den so gefälschten Schriftstücken bei dem Stempelamte zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht zu haben.

Der Antrag des Staats-Anwalts, den M. wegen Urkundenfälschung in Anklagestand zu versetzen, ist vom Anklage-Senat mittelst des gedachten Beschlusses zurückgewiesen worden,
weil die Schuldscheine nicht als solche, sondern nur in dem Monatstage, mithin in einem, abgesehen vom Zinsenlauf und der Verjährung, an sich unwesentlichen Theile und auch nicht in der Absicht, um von deren Ausstellern ungerechtfertigte Vortheile zu erlangen, sondern nur zum Zweck der Täuschung der Stempelbehörde Behufs Abwendung der sonst verwirkten Stempelstrafe verfälscht worden sind, die Fälschung also mit dem Schuldverhältnisse selbst in gar keiner ursächlichen Verbindung steht, und überdies lediglich denjenigen Theil einer Schrift berührt, welcher zum Beweise von Rechten und Rechtsverhältnissen an sich von keiner Erheblichkeit ist, ein anderes Verbrechen oder Vergehen aber in der Handlung des Beschuldigten ebenfalls nicht liegt.

Die über diesen zurückweisenden Beschluß vom Ober-Staats-Anwalte geführte Beschwerde hielt die erste Abtheilung des Senats für Strafsachen für ungerechtfertigt, sah sich aber, weil die angeregte Streitfrage über die Tragweite des Begriffes der Urkundenfälschung in einem früheren Erkenntnisse der zweiten Abtheilung anders beantwortet zu sein

schien, veranlaßt, die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an das Plenum des Senats zu verweisen.

Hier ist bei der Berathung Folgendes erwogen worden:

I. Im gemeinen deutschen Criminalrecht hat sich auf Grund der ursprünglich sich nur auf Testaments- und Münzfälschungen beziehenden lex Cornelia de falsis und späterer Ausdehnung derselben im römischen Rechte, und auf Grund des Art. 112. der peinlichen Gerichts-Ordnung, ein allgemeiner Begriff der Urkundenfälschung ausgebildet. Man unterscheidet aber Fälschung öffentlicher Urkunden und Fälschung von Privaturkunden, und versteht unter dem im Art. 112. der peinlichen Ger.-Ordnung gebrauchten Ausdruck „Brief" eine Urkunde, die zur Begründung oder Entkräftung von Privatansprüchen dient. (Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts 14. Ausg. §. 415. Note VI. und VII. des Herausgebers Mittermaier).

Auf eine Aenderung dieses Privatrechtsverhältnisses, um dessen Schutzes willen die Fälschungs-Strafe angeordnet ist, muß sich also die Fälschung beziehen, wenn sie nicht bloß eine Unrichtigkeit, eine schriftliche Lüge, sondern eine Urkundenfälschung darstellen soll. Sie muß eine Fälschung dessen sein, was der Schrift den Character einer Urkunde giebt. Es liegt dies in der aus l. 6. Dig. und l. 20. Cod. ad leg. Cornel. de falsis abgeleiteten Regel:

> non punitur falsitas in scriptura, quae non solum non nocuit, sed nec erat apta nocere.

Der Ausdruck: „nocere" bezieht sich selbstredend auf das in der Urkunde ausgedrückte Rechtsverhältniß; denn der dem schriftlich festgestellten Rechtsverhältnisse zu gewährende Schutz hat damit nichts zu thun, ob — was niemals unmöglich ist — die vorgenommene Aenderung in irgend einer anderen Beziehung irgend Jemand schaden kann; wie z. B.

ein gefälschtes Datum unter einem Vertrage in einem mit diesem Vertrage in keiner Verbindung stehenden Processe gegen einen Dritten zum Beweise, daß an diesem Tage der Păciscent am Orte des Vertrages gewesen sei, gebraucht werden und so dem Dritten schaden kann.

Unter Umständen kann das Datum eines Schuldscheins von erheblichem Einflusse auf das in demselben ausgedrückte Rechtsverhältniß sein, z. B. wenn von demselben die Zeit der Zahlung, der Lauf der Zinsen, abhängig gemacht worden ist, wenn es sich um die Verjährung, oder darum, ob der Schein vor der Insolvenz-Erklärung ausgestellt worden, handelt u. s. w. Wird mit Rücksicht auf dergleichen Umstände das Datum dolose geändert, ist also die Aenderung des Datum auf eine Aenderung des im Schuldscheine begründeten Privatrechtsverhältnisses gegründet, so liegt im Sinne des gemeinen deutschen Privatrechts allerdings eine Urkundenfälschung vor, sonst aber nicht.

II. Das A. L. R. Thl. II. Tit. 20. unterscheidet in den §§. 1384—1387. ebenfalls zwischen Fälschung öffentlicher Urkunden und Fälschung von Privaturkunden. Es versteht in dem von der Letzteren handelnden §. 1386. unter Privatschriften solche, welche ein Privatrechtsverhältniß oder dessen Auflösung begründen. (Vergl. Erkenntniß des ehemaligen 5. Senats vom 23. März 1850 — gedruckte Grundsätze des 5. Senats Nr. 198.) — und führt durch die Unterordnung des §. 1386. unter die allgemeinen Begriffe der §§. 1256., 1378. und 1380., und durch die im §. 1386. selbst enthaltenen Worte:

in der Absicht, Andere zu bevortheilen,

auf dasselbe Resultat, daß die mit der schweren Strafe dieses Paragraphen bedrohte Fälschung von Privaturkunden voraussetzt, daß die Fälschung der Privaturkunde sich auf

eine Aenderung des in derselben begründeten Privatrechts-verhältnisses beziehe.

III. Der Code pénal, welcher in den Art. 145—152. und insbesondere in den gegen Privatpersonen gegebenen Art. 147—149. und 150—152. gleichfalls zwischen Fälschung öffentlicher und privilegirter Urkunden und der Fälschung der Privaturkunden unterscheidet, enthält weder eine Definition der Letzteren, noch drückt er in allen diesen Paragraphen — außer in dem von der falschen Aufnahme oder Ausstellung öffentlicher Urkunden durch den dazu bestellten Beamten handelnden Art. 146. in dem Worte: frauduleusement — einen dolus aus, und er läßt die Fälschungsstrafe schon durch die bloße Vornahme der Fälschung, wenn auch von derselben noch kein Gebrauch gemacht worden, eintreten. Aber die Jurisprudenz hat das Fehlende dahin ergänzt, daß es für alle Urkundenfälschung fordert:

a. altération matérielle de la verité,
b. intention criminelle, frauduleuse, intentoin de nuire,
c. possibilité d'un préjudice.

In letzterer Beziehung heißt es in einem Urtel des Pariser Cassationshofes vom 23. November 1815 — Dalloz, Jurisprudence du XIX. siècle tome 15. p. 464.:

> que ces actes, en les supposant faux, non constituent point le faux que les dits art. 147. 152. et 160. du c. pén. qualifient crime, et punissent de peine afflictive et infamante, puisqu 'ils ne renferment ni obligation ou décharge, ni convention ni disposition qui soient de nature à causer lésion envers des tiers.

Diese Jurisprudenz ist es, von welcher der an die letzten Worte fast wörtlich sich anschließende Vorschlag der Rheinischen Juristen

IV. bei den Vorarbeiten zum gegenwärtigen Straf-

gesetz-Buch ausgegangen ist, den Begriff der Urkunde, welcher im Entwurfe von 1843 §. 462. dahin bestimmt war:

Unter Urkunde ist jede Schrift zu verstehen, welche zum Beweise einer Thatsache dienen kann,

welcher also damals eine fast unbegrenzte Ausdehnung erhalten und im Entwurfe von 1845 dadurch, daß dieser die Begriffsbestimmung wegließ, aber statt des Wortes: „Urkunde" das Wort „Schrift" setzte, einer noch weiteren Ausdehnung Platz gemacht hatte, dahin zu bestimmen:

Unter Urkunde wird jede Schrift verstanden, welche für den Beweis von Verträgen, Verfügungen, Verpflichtungen oder Befreiungen von Erheblichkeit sein oder in einer sonstigen Beziehung die Rechte Anderer verletzen kann.

Es ist damals entgegnet worden:

Im französischen Rechte bedürfe es deshalb einer objectiven Beschränkung dieses Begriffes, weil dasselbe den dolus bei der Urkundenfälschung nicht näher charakterisire. Der Entwurf zum Strafgesetz-Buch verlange aber ausdrücklich daß von der falschen oder verfälschten Urkunde Gebrauch gemacht werde, um des Vortheils wegen oder um Andern zu schaden. Unter dieser Voraussetzung sei es unbedenklich und selbst nothwendig, eine objective Beschränkung nicht eintreten zu lassen. Es lasse sich keine Schrift denken, durch deren Fälschung nicht unter gewissen Umständen und Voraussetzungen eine Rechtsverletzung herbeigeführt werden könne.

Das ist sehr richtig. Aber eine andere Frage ist es, ob eine so harte Strafe, wie der einem urkundlich festgestellten Rechtsverhältnisse zu gewährenden Schutz für die auf dieses Rechtsverhältniß sich beziehende Fälschung erheischt, da ge-

rechtfertigt ist, wo eine Fälschung nur den Character einer schriftlichen Lüge hat, im Wesentlichen also mit einer mündlichen Lüge, vermittelst deren ein Betrug verübt wird, auf Einer Linie steht. Dies hat der Entwurf von 1847, der auf den Vorschlag der Rheinischen Juristen nicht einging, auch nicht verkannt. Denn er hat für die im §. 310. aufgestellte Fälschung „einer Schrift oder sonstigen Urkunde" im §. 311. eine Strafe von sehr weitem Spielraum von drei Monaten Strafarbeit (§. 11.) bis fünf Jahren Zuchthaus.

Aber der Entwurf von 1850 und demgemäß das Strafgesetz-Buch sind auf den Vorschlag der Rheinischen Juristen völlig eingegangen. Es lautet nun

IV. im Letzteren der §. 247:

> Wer in der Absicht, sich oder Anderen Gewinn zu verschaffen oder Anderen Schaden zuzufügen, eine Urkunde verfälscht oder fälschlich angefertigt, und von derselben zum Zwecke der Täuschung Gebrauch macht, begeht eine Urkundenfälschung.
>
> Unter Urkunde ist jede Schrift zu verstehen, welche zum Beweise von Verträgen, Verfügungen, Verpflichtungen, Befreiungen oder überhaupt von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist.

Und es entspricht nun dieser auf den wichtigen Schutz, welcher den durch Schrift festgestellten Rechtsverhältnissen gewährt werden muß, zurückgeführten Begrenzung der Urkundenfälschung, daß auf sie im §. 250. die schwere und entehrende Strafe von mindestens zwei Jahren Zuchthaus und 50 Thlr. Geldbuße gesetzt worden ist.

Die Schwere dieser Strafe im Vergleich mit den milderen Strafen der §§. 253—258., welche im Allgemeinen den milderen Bestimmungen der Art. 154—162. des Code

pénal nachgebildet worden sind, und die vo
hungsgeschichte des §. 247. führen unabwei
die im zweiten Absatz des §. 247. enthalten
zung des Verbrechens nicht bloß als etwa
verbrecherischen That, die der erste Absatz be
des aufgefaßt werden darf, so daß es genü
fälschte Schrift an sich zum Beweise von be
verhältnissen von Erheblichkeit sei, darauf
komme, ob die Handlung der Fälschung fü
ten Rechtsverhältnisse erheblich sei, sondern
Absätze des §. 247. so in Einem Gusse ve
daß Alles, was zur verbrecherischen Han
schung gehört, diesen Charakter der Schr
eine „Urkunde" wird, betreffen, also auf
des bestimmten Rechtsverhältnisses sich bezi

Und weil eben die Handlung der Fä
Strafbarkeit nach dem ersten Absatze des P
nicht bloß, wie im Allgemeinen, im geme
älteren Preußischen und französischen Recht
winn oder Schadenszufügung gerichtete
auch ein Gebrauchmachen zum Zwecke der
dert, so muß auch sowohl die Absicht, si
Gewinn zu verschaffen, oder Anderen Sc
als der Gebrauch, welcher von der falsch
Zwecke der Täuschung gemacht wird, sich a
Rechtsverhältniß beziehen, zu dessen Ben
von Erheblichkeit ist, muß eben hierfür erh

Es ist dies aber nicht so eng zu ver
Absicht und dieses Gebrauchmachen zum
schung gegen dieselbe Person gerichtet se
schon jetzt in diesem Rechtsverhältnisse st
muß genügen, wenn auch erst jetzt andere P

bindung mit diesem Rechtsverhältnisse gesetzt werden, z. B. wenn eine hypothekarische Obligation in dem Betrage des Schuldcapitals verfälscht wird, nicht um von dem Schuldner je mehr, als das richtige Capital einzufordern, sondern um sie als über ein höheres Capital lautend einem Dritten zu verpfänden; wogegen eine Fälschung des Kaufgelderbetrages in einem Kaufcontracte, welche nur dazu dienen soll und nur dazu gebraucht wird, einen geringeren Kaufwerthstempel zu entrichten, sich weder in der auf Gewinn oder Schadenszufügung gerichteten Absicht, noch in dem Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung, auf das in dem Contracte ausgedrückte Rechtsverhältniß zwischen Käufer und Verkäufer bezieht.

Es ist zwar richtig, daß der Kaufcontract auch zum Beweise des Rechtes des Fiscus auf den bestimmten Betrag des Kaufstempels von Erheblichkeit ist; aber solche dem Rechtsverhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer, überhaupt dem Rechtsverhältnisse, welches der materielle Inhalt einer Schrift selbst — wenn auch nur in Verbindung mit anderen Umständen — darstellt, an sich fremde Consequenzen für andere Interessen, z. B. für das Besteuerungsrecht des Fiscus, Consequenzen, für welche jenes Rechtsverhältniß erst zur Unterlage dient, sind es nicht, welche durch die im zweiten Absatze des §. 247. enthaltene enge Begrenzung haben umfaßt und geschützt werden sollen.

Nach der entgegengesetzten Ansicht würde ein jedes Gesuch an eine Behörde über einen stempelpflichtigen Gegenstand, weil es das Recht des Fiscus auf den Verbrauch eines Stempels von 5 Sgr. begründet, eine Urkunde im Sinne des §. 247., und eine in einem solchen in den Acten der Behörde befindlichen Gesuche, wofür der Stempel nicht verbraucht worden, dahin vorgenommene Fälschung, daß das

was man petirt hatte, von 50 Thlr. auf 40 Thlr. abgeändert wäre, wenn diese Aenderung geschehen wäre, um der Stempelstrafe von 15 Sgr. zu entgehen, eine mit zwei Jahren Zuchthaus zu bestrafende Urkundenfälschung sein, was mit der milden Strafbestimmung für das viel schwerere Vergehen des §. 223. im grellen Contraste stehen würde.

Auf Grund dieser Erwägungen hat das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, in seiner Plenarsitzung vom 30. Juni 1856 den oben abgedruckten Satz angenommen und die Beschwerde des Ober-Staats-Anwalts zurückgewiesen.

№ 48.

Strafbarkeit des Aufsuchens, Fangens oder Schießens nicht jagdbarer wilder Thiere auf fremdem Jagdreviere.

Das Aufsuchen und Fangen oder Schießen nicht jagdbarer wilder Thiere auf fremdem Jagdreviere bildet kein nach §§. 274. und 275. des Str. G. B. zu bestrafendes Vergehen.

Eine etwaige Bestrafung der Handlung nach §. 347. Nr. 11. des Str. G. B. oder nach anderweiten Strafbestimmungen wird hierdurch nicht ausgeschlossen. Präj. des Senats f. Straff. Nr. 205.

Str. G. B. §§. 274. 275. und 347. Nr. 11.

Die Vorschriften des Str. G. B. §§. 274—277. haben zu von einander abweichenden Entscheidungen darüber Veran-

lassung gegeben, ob auch das Aufsuchen, Schießen und Fangen nicht jagdbarer wilder Thiere, wenn es unter den in jenen Vorschriften angegebenen Umständen geschieht, ein nach denselben zu bestrafendes Vergehen bildet?

Uebereinstimmend mit einem Erkenntnisse des vormaligen fünften Senats (für Strafsachen) vom 13. September 1852 gegen R., in welchem das Frettiren von Kaninchen auf fremdem Jagdreviere im Halberstädtischen nach §§. 274. und 275. des Str. G. B. bestraft wurde, weil

abgesehen davon, daß Kaninchen nach §. 32. Tit. 16. Thl. II. A. L. R. und auch im Halberstädtischen zu den jagdbaren wilden Thieren gehörten, auf fremden Jagdrevieren überhaupt nicht, auch nicht nach jagdbaren Thieren gejagt werden dürfe, A. L. R. Thl. II. Tit. 16. §. 35.

ist in dem Erkenntnisse der zweiten Abtheilung des Senats für Strafsachen vom 15. September 1853 gegen H. das Aufstellen einer Falle, um Marder zu fangen, auf fremdem Jagreviere im Kreise Ziegenrück nach §. 275. des Str. G. B. bestraft worden,

da nach den Vorschriften des Allgem. Landrechts auch wilde Thiere, welche nicht jagdbar, sondern Gegenstand des freien Thierfangs sind, von Unberechtigten auf fremden Jagdrevieren weder aufgesucht noch gejagt, sondern nur auf eigenen Grundstücken, auch wenn auf denselben einem Dritten die Jagdgerechtigkeit zusteht, gefangen werden dürfen, §. 35. Tit. 16. Thl. II. A. L. R. u. §. 149. Tit. 9. Thl. I. A. L. R.

und es ist aus diesem Erkenntnisse von der zweiten Abtheilung des Senats das Präjudiz Nr. 51. eingetragen worden, welches lautet:

Auch die §. 35. Tit. 16. Thl. II. A. L. R. untersagte Jagd oder Aufsuchung wilder, wenn auch nicht jagdbarer

Thiere auf fremdem Reviere ist nach §§. 274. und 275. des Str. G. B. zu bestrafen.

Dagegen hat in der Untersuchung gegen Schr., wo der erste Richter das Schießen von Krähen auf fremdem Jagdreviere nur nach §. 345. Nr. 6. des Str. G. B. bestraft und der zweite Richter hierauf nur den §. 347. Nr. 11. des Str G. B. für anwendbar erachtet hatte, die erste Abtheilung des Senats für Strafsachen am 17. October 1855 die von der Staats-Anwaltschaft wegen Nichtanwendung des §. 274. des Str. G. B. eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen, in Erwägung, daß §. 274. des Str. G. B. die Beeinträchtigung eines fremden Jagdreviers mit Strafe bedroht;

daß dieses Strafgesetz nur die Bestimmung des §. 17. alin. 3. des Jagdpolizei-Gesetzes vom 7. März 1850 wiederholt, welches keine neuen Begriffe des Jagdrechts aufgestellt hat, und daher, gemäß §. 30. Thl. II. Tit. 16. des A. L. R., unter der Jagdgerechtigkeit nur die Befugniß zu verstehen ist, jagdbare wilde Thiere aufzusuchen und sich anzueignen,

daß nach der Anklage der Angeklagte eine Krähe geschossen hat, welche nicht zu den jagdbaren Thieren gehört, mithin auch nicht das Jagdrecht ausgeübt, resp. das Jagdrecht eines Anderen nicht beeinträchtigt hat,

daß nach §. 35. Thl. II. Tit. 16. des A. L. R. zwar auch das Jagen nicht jagdbarer Thiere auf fremden Jagdrevieren verboten ist,

daß aber das Zuwiderhandeln wider dieses Verbot, wenn dasselbe überhaupt strafbar wäre, jedenfalls nicht nach §. 274. des Str. G. B. zu bestrafen resp. (nicht) mit einer höhern als der erkannten Strafe (von 3 Thlr. event. 2 Tagen Gefängniß) zu belegen wäre,

daß daher die Beschwerde über die Nichtanwendung

dieses Gesetzes unbegründet ist und es bei der Lage der Sache (der Angeklagte hatte nämlich das erste Erkenntniß nicht angefochten) nicht darauf ankommt, ob der §. 345 b., welcher vom ersten Richter angewandt ist, oder der von dem Appellations-Richter angewandte mildere §. 347. Nr. 11. a. a. O. anwendbar ist.

Bei dem sich hiernach mit dem Erkenntnisse wider H. vom 15. September 1853 und mit dem Präjudiz Nr. 51. ergebenden Conflicte hat die zweite Abtheilung des Senats in einer am 22. October 1855 zur Verhandlung gekommenen Untersuchung gegen den Arbeitsmann F. zu Gernrode, welcher nach der dem Erkenntniß zweiter Instanz zum Grunde gelegten Feststellung am 5. Januar 1855 in der Feldmark von Breitenworbis innerhalb des dem Oberförster L. verpachteten Jagdreviers in einem Weidenbaum eine Tellerfalle aufgestellt hat, um einen Iltis zu fangen, die Sache zur Entscheidung des Plenums des Senats verwiesen, unter Stellung der Frage:

Bildet das Aufsuchen und Fangen oder Schießen nicht jagdbarer wilder Thiere auf fremdem Jagdreviere ein nach §§. 274. und 275. des Str. G. B. zu bestrafendes Vergehen?

Diese Frage ist im Einverständnisse mit der General-Staatsanwaltschaft vom Senate für Strafsachen einstimmig verneint worden, jedoch um der Mißdeutung vorzubeugen, als sei auch jede Bestrafung nach anderweiten gesetzlichen Bestimmungen unzulässig, in dem formulirten Präjudiz ausdrücklich bemerkt, daß eine etwaige Bestrafung nach §. 347. Nr. 11. des Str. G. B. oder nach anderweiten Strafbestimmungen durch Verneinung der gedachten Frage nicht ausgeschlossen sei.

Die Motive dieses vom Plenum des Senats beschlosse-

nen Präjudizes ergeben sich vollständig aus den Gründen des in der vorliegenden Untersuchung wider F. ergangenen Erkenntnisses vom 31. März 1856, durch welches die Nichtigkeits-Beschwerde der Staats-Anwaltschaft zurückgewiesen wurde:

in Erwägung, daß der Begriff des Jagdrechts Rücksichts seines Gegenstandes durch das Gesetz vom 31. October 1848, das Jagdpolizei-Gesetz vom 7. März 1850 und das Strafgesetz-Buch vom 14. April 1851 keine Aenderung erlitten hat;

daß den Gegenstand der Jagd, als einer besonderen Art des Thierfanges und also einer Unterart der Occupation, nach den Bestimmungen des Allg. Landrechts nur jagdbare wilde Thiere ausmachen, (A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §. 127., Thl. II. Tit. 16. §§. 30., 39., 5.), nicht jagdbare wilde Thiere aber Gegenstand des freien Thierfanges sind (A. L. R. Thl. II. Tit. 16. §. 33.)

daß, wo nicht Provinzial-Gesetze Ausnahmen machen, zu den nicht jagdbaren wilden Thieren die Raubthiere gehören (§. 34. a. a. O.), welche denn auch in den die Jagd betreffenden Gesetzen dem „Wildpret" oder, — was, ohne weiteren Zusatz gebraucht, hiermit gleichbedeutend ist, — dem „Wilde" entgegengesetzt werden,

daß zwar Rücksichts der nicht jagdbaren wilden Thiere und namentlich auch Rücksichts der Raubthiere das A. L. R. Thl. II. Tit. 16. §. 35. bestimmt:

daß auch dergleichen Thiere in Wäldern und Jagdrevieren von denjenigen, denen daselbst keine Jagdgerechtigkeit zukommt, nicht aufgesucht, noch weniger Jagden darauf angestellt werden dürfen,

daß aber hierdurch nicht etwa das Jagdrecht, — das ausschließliche Occupationsrecht des Jagdberechtigten, —

auch auf dergleichen Thiere ausgedehnt, vielmehr nur zu dem Behufe, um Beeinträchtigungen des Jagdrechts, welche sonst leicht unter dem Vorwande des Aufsuchens rc. von Raubthieren stattfinden könnten, zu verhüten, ihnen vorzubeugen (A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §. 148., vergl. Thl. II. Tit. 17. §. 10 ff.), zum Schutze des Jagdberechtigten, eine, das sonst Jedermann zustehende Recht des freien Thierfangs einschränkende, jagdpolizeiliche Vorschrift gegeben worden ist,

daß diese Auffassung der Bestimmung des §. 35. Thl. II. Tit. 16. des A. L. R. auch durch die auf das Jagdrecht Bezug habenden Redactions-Materialien des Allg. Landrechts (Anmerkung zum gedruckten Entwurfe Thl. I. Abth. 3. Tit. 4. S. 44.; Simon und v. Strampff Zeitschrift Bd. 2. S. 93. 94. 95. Nr. 3. S. 97.; vergl. S. 74 4., 76 f., 78., 81 Nr. 3.) gerechtfertigt wird und in der neuesten, erst nach Publication des Allg. Landrechts ergangenen und deshalb zur Erläuterung des Letzteren dienenden Jagd-Ordnung, nämlich der für Westpreußen vom 8. October 1805, Tit. III. §§. 3. 15., Tit. IV. §. 57., Tit. V. §. 1. litt. a. ihre Bestätigung findet,

daß daher das Zuwiderhandeln wider das Verbot des §. 35. Thl. II. Tit. 16. des A. L. R. nur die Uebertretung einer jagdpolizeilichen Vorschrift, wie dergleichen Uebertretungen auch das frühere Strafrecht in den §§. 318. 319. Thl. II. Tit. 20. des A. L. R. zum Gegenstande hatte, nicht aber die Verletzung eines fremden Jagdrechts durch unmittelbare Beeinträchtigung des einem Anderen zustehenden Jagdrechts selbst enthält,

daß die in den Titel „vom strafbaren Eigennutze" aufnommene Strafvorschrift des Strafgesetz-Buchs §. 274., welche — jedoch unter bestimmter Angabe der Strafe —

aus §. 17. Abs. 3. des Jagdpolizei-Gesetzes vom 7. März 1850 übernommen ist, die Beeinträchtigung der einem Anderen zustehenden Jagdberechtigung durch unbefugtes Jagen mit Strafe bedroht,

daß diese Vorschrift, wenn sie auch sowohl den Fall des sogenannten Wilddiebstahls des, im Gebiete des Allg. Landrechts geltend gewesenen früheren Strafrechts, also der in gewinnsüchtiger Absicht geschehenen unberechtigten Aneignung von Wild in offenen Jagdrevieren (A. L. R. Thl. II. Tit. 20. §§. 1145., 1111., 317.), als den Fall bloßen Jagdfrevels oder bloßer Jagdcontravention (A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §. 148., Thl. II. Tit. 16. §. 68., Thl. II. Tit. 20. §. 315. in marg. 321.) — soweit letzterer die Beeinträchtigung eines fremden Jagdrechts durch Jagen auf Wildpret oder Wild, also auf jagdbare Thiere enthielt — umfaßt, doch nicht auch bloße, die Beeinträchtigung eines fremden Jagdrechts nicht enthaltende Uebertretungen jagdpolizeilicher Vorschriften zum Gegenstande hat,

daß deshalb das verbotswidrige Aufsuchen und Fangen oder Schießen nicht jagdbarer wilder Thiere auf fremdem Jagdreviere nicht unter diese Vorschrift fällt, mithin nicht ein nach §§. 274., 275., 277. des Str. G. B. zu bestrafendes Vergehen bildet,

daß daher der Appellations-Richter, indem er in dem angefochtenen Erkenntnisse auf die von ihm dahin bewirkte Feststellung:

daß der Angeklagte am 5. Januar 1855 innerhalb des dem Oberförster L. verpachteten Jagdreviers eine Tellerfalle, jedoch zu keinem anderen Zwecke, als um einen Iltis, welcher nicht zu den jagdbaren wilden Thieren gehöre, zu fangen, aufgestellt gehabt habe,

die §§. 274., 275. und 277. für unanwendbar erachtet

hat, diese Gesetze und, namentlich — worauf die Nichtigkeits-Beschwerde gegründet worden ist — den §. 274. a. a. O. nicht verletzt hat.

№ 49.

Militairpflicht ausgewanderter Preußen.

a. Ein Preuße, welcher vor der Gesetzeskraft des Gesetzes vom 31. December 1842 ohne Erlaubniß der Bezirksregierung ausgewandert ist, hat auf Grund des §. 23. dieses Gesetzes die Eigenschaft eines Preußen erst mit dem Ablauf von zehn Jahren seit der Gesetzeskraft dieses Gesetzes verloren.

b. Ein Preuße, welcher, seitdem die Verfassungs-Urkunden vom 5. December 1848 und 31. Januar 1850 die Auswanderung allgemein gestatten, ohne ausdrückliche Entlassung aus dem Unterthanenverbande ausgewandert ist, verliert die Eigenschaft eines Preußen erst mit dem Ablauf von zehn Jahren seit seiner Auswanderung.

c. Ist der unter a. resp. b. gedachte zehnjährige Zeitraum bei Vollendung des zwanzigsten Lebensjahres des ausgewanderten Preußen noch nicht abgelaufen, so tritt mit dieser Vollendung seine Verpflichtung zum Eintritte in das ste-

hende Heer ein. Präjudicien des Senats für Strafsachen Nr. 222.

Gesetz vom 31. December 1842, die Erwerbung und den Verlust der Eigenschaft als Preußischer Unterthan betreffend, §. 15. Nr. 3. §. 23.

Verordnung vom 15. September 1818 §§. 2—5.

Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850. Art. 11. und 34.

Str. G. B. §. 110.

Eine von dem Fiscus gegen mehrere ausgetretene Militairpflichtige des Kreises Tecklenburg erhobene Klage, jeden derselben zu 50 Thlr. Geldstrafe, eventualiter einem Monat Gefängniß zu verurtheilen, ist in Betreff von acht Verklagten mittelst Erkenntnisses des Kreisgerichts zu Tecklenburg vom 16 Juni 1855 zurückgewiesen, und dies Erkenntniß vom Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Münster am 21. Februar 1856 bestätigt worden, weil diese in den Jahren 1830 und 1831 geborenen acht Verklagten, welche hiernach im Laufe des Jahres 1850 resp. 1851 sich zur Aushebung zu gestellen verpflichtet gewesen sein würden, sämmtlich vor ihrem siebenten Lebensjahre mit ihren Eltern ausgewandert seien, in den Jahren 1850 und 1851 sich also nach §. 23. des Gesetzes vom 31. December 1842 nicht mehr im Besitze der Eigenschaft eines Preußen befunden hätten. Auf die hiergegen vom Fiscus eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, Abth. II., am 11. December 1853

in Erwägung, daß nach dem A. L. R. Thl. II. Tit 17. §. 127. und der Verordnung vom 15. September 1818 §. 4. jedem Preußischen Unterthanen die Auswanderung ohne Erlaubniß der Bezirkungsregierung verboten war,

und die im §. 5. dieser Verordnung den Regierungen gegebene besondere Anweisung, unter welchen Bedingungen den im Alter zwischen dem 17. bis zum 25. Jahre befindlichen männlichen Personen die Erlaubniß nur ertheilt werden könne, das allgemeine Verbot einer ohne Erlaubniß vorzunehmenden Auswanderung nicht aufhob, so daß auch ein noch nicht 17jähriger Preuße diesem Verbot unterworfen war, mithin durch eine ohne solche Erlaubniß geschehene Auswanderung die Eigenschaft eines Preußischen Unterthanen nicht verlor;

daß dem §. 15. Nr. 3. und §. 23. des Gesetzes vom 31. December 1842 über die Erwerbung und den Verlust der Eigenschaft als preußischer Unterthan eine rückwirkende Kraft nicht beigelegt werden kann, dieselben daher auf die vor ihrer Gesetzeskraft geschehenen Auswanderungen nur die Wirkung äußern können, daß der Ausgewanderte nach Ablauf von zehn Jahren seit der Gesetzeskraft dieses Gesetzes die Eigenschaft als Preuße verliert;

daß hiernach die vor dem Jahre 1843 ohne Erlaubniß ausgewanderten acht Imploraten auf Grund des Gesetzes vom 31. December 1842 die Eigenschaft Preußischer Unterthanen vor dem Jahre 1853 nicht verloren haben,

daß nach den Art. 10. der Verfassungs-Urkunde vom 5. December 1848 und Art. 11. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 die Auswanderung zwar nicht mehr allgemein verboten ist, die früher bestandenen gesetzlichen Bestimmungen über die Wehrpflicht aller männlichen Preußen aber im Art. 32. der ersteren und im Art. 34. der letzteren aufrecht gehalten worden sind, und daß durch die im Allgemeinen gestattete Answanderung, selbst abgesehen von dieser Wehrpflicht, die Grundsätze über die Erwerbung und den Verlust der Eigenschaft eines Preu-

ßischen Unterthanen im Gesetz vom 31. December 1842 keine Aenderung erlitten haben, so daß nach §. 15. daselbst fortwährend nur die daselbst unter den Nr. 1. 2. und 4. gedachte eingeholte ausdrückliche Entlassung aus dem Unterthanen-Verbande, Ausspruch der Behörde und Verheirathung einer Preußin an einen Ausländer sofort die Eigenschaft eines Preußischen Unterthanen nimmt, nach der Nr. 3. dagegen die im §. 23. gedachte, ohne ausdrückliche Entlassung aus dem Unterthanenverbande geschehene, wenn auch jetzt zulässige Auswanderung, diese Wirkung erst nach einem zehnjährigen Aufenthalte im Auslande hat;

daß hiernach die acht Imploraten auch durch die vorgedachten neueren Gesetze die Eigenschaft Preußischer Unterthanen vor dem Jahre 1853 nicht verloren haben,

daß nach dem Gesetze vom 3. September 1814 §§. 1. 5. und 9., der Verordnung vom 15. September 1818 §. 2. und dem A. L. R. Thl. II. Tit. 10. §§. 49. und 50. vor der Verfassungs-Urkunde eine im Knabenalter ohne Erlaubniß der Regierung geschehene Auswanderung, wenn gleich unerlaubt, doch nicht sofort die im zuletzt gedachten §. 50. gedachte rechtliche Vermuthung einer in der Absicht, sich dem Kriegsdienste zu entziehen, geschehenen Auswanderung und die im A. L. R. Thl. II. Tit. 20. §. 469. angeordnete Confiscationsstrafe begründete, daß diese Wirkungen aber eintreten, wenn der ausgewanderte Knabe später bei vollendetem zwanzigsten Lebensjahre noch Preußischer Unterthan und nun nicht zur Erfüllung seiner Militärpflicht zurückgekehrt war;

daß in gleicher Weise noch jetzt, nachdem die Verfassungs-Urkunden vom 5. December 1848 und 31. Januar 1850 die Auswanderung im Allgemeinen gestattet, die Militärpflicht aber in der gesetzlich bestandenen Art auf-

recht gehalten haben, gegen einen im Knabenalter **ausge**wanderten Preußen, der bei vollendetem zwanzigsten **Le**bensjahre noch Preußischer Unterthan war, und nun **ohne** specielle Erlaubniß aus dem Lande entfernt bleibt, die rechtliche Vermuthung begründet wird, daß er **nun ein**, um sich dem Eintritt in den Dienst des stehenden Heeres zu entziehen, Ausgewanderter sei, wodurch er **denn** der im Gesetze vom 11. März 1850 resp. im §. **110.** des Str. G. B. angedroheten Strafe verfallen ist;

daß ein dieser Strafe einmal rechtlich verfallener Preuße dadurch, daß er später wegen dann eingetretenen Ablaufs des im Gesetze vom 31. December 1842 §. 15. Nr. 3. und §. 23. gedachten zehnjährigen Zeitraums die Eigenschaft eines Preußischen Unterthanen verliert, von der verwirkten Strafe rechtlich nicht befreit wird;

daß vermöge der durch den §. 266. des Anh. zur Allgem. Ger. Ordn. aufrecht gehaltenen Bestimmung der Allgem. Ger. Ordn. Thl. I. Tit. 36. §. 4. in allen vor der Gesetzeskraft des Gesetzes vom 10. März 1856 eingeleiteten Processen gegen ausgetretene Militärpflichtige mit Rücksicht auf die Verordnung vom 2. Januar 1849 das Kreisgericht desjenigen Bezirks, in welchem der Ausgetretene sich zur Erfüllung seiner Militärpflicht hätte gestellen sollen, competent war, ohne Unterschied, ob der Ausgetretene seit Verwirkung der Strafe aufgehört hatte, Preuße zu sein;

in Erwägung, daß das die obigen Grundsätze verkennende Appellations-Erkenntniß vernichtet werden muß;

das Appellations-Erkenntniß vernichtet und, weil die öffentliche Vorladung der Verklagten in den Acten nicht genügend nachgewiesen war, die Sache in die zweite Instanz zurückgewiesen.

№ 50.
Steuerfreiheit.

Die Eingeweide — also auch Leber und Lungen — vom geschlachteten Vieh sind bei der Einbringung in einen schlachtsteuerpflichtigen Bezirk der Schlachtsteuer nicht unterworfen. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 209.

Gesetz über die Mahl- und Schlachtsteuer vom 30. Mai 1820. §§. 10. und 15.

Bei einer, am 30. März 1855 in der, im äußeren Steuerbezirke von B. belegenen, Wohnung des Schlächtermeisters H. abgehaltenen, Revision sind von den Steuerbeamten neben unversteuertem Fleische auch Lebern und Lungen vorgefunden. Der H. ist mit der Confiscation der Fleischvorräthe und der Defraudations-Strafe durch den Richter erster Instanz belegt worden. Von der Confiscation wurden die Lungen und Lebern ausgenommen und von denselben auch keine Steuerstrafe berechnet, weil dieselben zu den Eingeweiden gehören.

Auf die dieserhalb von der Staatsanwaltschaft erhobene Appellations-Beschwerde ist das erste Erkenntniß vom 22. November 1855 von dem Criminal-Senate des Kammergerichts bestätigt, weil nach §. 10. des Gesetzes über die Mahl- und Schlachtsteuer vom 30. Mai 1820 die Eingeweide der Schlachtsteuer nicht unterliegen und aus den §§. 14. und 15. a. a. O. und dem Gesetze vom 2. April 1852 ein Recht auf die Steuer von jenen Gegenständen bei deren Einbringung in den äußeren Steuerbezirk nicht hergeleitet werden könne.

Die Steuerbehörde hat in der von ihr eingereichten Nichtigkeits-Beschwerde die Verletzung der in den Gesetzen vom 30. Mai 1820 und vom 2. April 1852 ausgesprochenen Rechtsgrundsätze behauptet. Es ist ausgeführt, daß diese Gesetze zwei Arten der Schlachtsteuer unterscheiden. Bei einem Schlachten im steuerpflichtigen Bezirke sei das Schlachten der steuerpflichtige Act, und wenn auch der §. 10. des Gesetzes vom 30. Mai 1820 bestimme, daß bei der Versteuerung nach dem Gewichte die Eingeweide nicht mitgewogen werden, so folge hieraus nicht, daß die Eingeweide der Steuer nicht unterliegen, weil der Gewerbetreibende die von dem ganzen Stücke entrichtete Steuer auf alle Theile verhältnißmäßig vertheile und dem Käufer diese Steuer berechne. Der Grund zu der Bestimmung im §. 10. a. a. O. liege allein in einer Erleichterung für die Gewerbetreibenden bei Zurichtung des geschlachteten Stück Viehes Behufs der Verwiegung. Dies trete noch entschiedener hervor bei einer Versteuerung nach Stücksätzen. §. 11. a. a. O. Von ganz anderen Gesichtspunkten gehe der §. 14. u. f. a. a. O. in Beziehung auf die Eingangssteuer aus. Hier sei das Einbringen der steuerpflichtige Act; es komme deshalb nicht das ganze ausgeschlachtete Stück Vieh in Betracht; vielmehr existire für die Eingangs-Versteuerung der Begriff des ganzen geschlachteten Stücks Vieh nicht und es könne deshalb eben so wenig von einer Versteuerung nach Stücksätzen — §. 11 a. a. O. — als von der Versteuerung des ganzen Stücks Vieh — §. 10. a. a. O. — die Rede sein. Daß die Eingangssteuer von der Schlachtsteuer strenge geschieden werden müsse, folge auch daraus, daß sie den Betrag der Letzteren um ein Drittel übersteige — §. 15. litt. c. dd. — wodurch das Interesse der Gewerbetreibenden geschützt werden solle.

Das Plenum des Senats für Strafsachen, an welches

diese Sache von der ersten Abtheilung des Senats auf den Grund des §. 4. Nr. 3. des Gesetzes betreffend die Erhaltung der Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen des Ober-Tribunals vom 7. Mai 1856 zur Verhandlung und Entscheidung verwiesen worden ist, hat indessen am 30. Juni 1856

in Erwägung, daß die Frage, ob die, bei der Revision der Steuerbeamten am 30. Mai 1855 in der, im äußeren Steuerbezirk von B. belegenen Wohnung des Angeklagten vorgefundenen Lungen und Lebern von Rindvieh der Schlachtsteuer unterliegen, alleiniger Gegenstand der Entscheidung ist;

daß die Steuerbehörde die Steuerfreiheit der Eingeweide überhaupt nicht anerkennt, insbesondere aber bei deren Einbringung in den Steuerbezirk bestreitet;

in Erwägung jedoch, daß nach §. 9. des Gesetzes wegen der Mahl- und Schlachtsteuer vom 30. Mai 1820 die Schlachtsteuer nach dem Gewichte des geschlachteten Viehes erhoben und nach §. 10. ebendas. bei der Verwiegung das ganze ausgeschlachtete Stück unzerschnitten mit dem Fleische, den Knochen und dem Fette gewogen wird, Füße, Eingeweide und Darmfett aber nicht mitgewogen werden;

daß nach dem Sprachgebrauche zu den Eingeweiden auch die Lungen und Lebern gehören und jene, wie die Beschwerde entwickelt, nach dem Zwecke der Ausschließung der Eingeweide von der Verwiegung im §. 10. a. a. O. dem Fleische entgegengesetzt sind,

daß aus der Bestimmung des §. 10. aber unabweislich folgt, daß Eingeweide, weil dieselben bei Ermittelnng des Steuerbetrages nach dem Gewichte nicht mitgewogen

werden, nicht zu versteuern sind, und hierdurch die Steuerfreiheit der Eingeweide anerkannt ist,

daß dieser Satz durch die Behauptung der Steuerbehörde, daß der Schlächter den Betrag der von ihm nach dem Gewichte entrichteten Steuer auf die einzelnen Theile des geschlachteten Viehes, mithin auch auf die Eingeweide vertheile und vom Käufer einziehe, nicht widerlegt werden kann, weil es nicht darauf ankommt, auf welche Weise der Schlächter die vorgeschossene Steuer wieder zu erlangen versucht, sondern allein darauf, von welchen Theilen des geschlachteten Viehes der Staat, dessen Interesse hier allein in Betracht kommt, die Steuer verlangt, von welchen Theilen er keine Steuer erhebt,

daß der §. 11. a. a. O. zwar auch die Versteuerung nach Stücksätzen gestattet, hieraus aber eben so wenig etwas für die Behauptung der Steuerbehörde, daß auch die Eingeweide von der Steuer betroffen werden, jedenfalls die Steuerfreiheit derselben nicht ausgesprochen sei, zu folgern ist, weil — wie die Steuerbehörde selbst anerkennt — anzunehmen ist, daß die Versteuerung nach Stücksätzen zu der nach Gewicht in richtigem Verhältnisse stehen und durchschnittlich gleichmäßig treffen muß, dem Steuerpflichtigen auch die Wahl gelassen ist, ob er die Steuer nach den bestimmten Stücksätzen erlegen oder ob er zur Abwendung eines Nachtheils nach dem Gewicht versteuern will;

in fernerer Erwägung, daß die Steuerbehörde aber auch auf den Grund des §. 1a. des Gesetzes vom 2. April 1852, welcher an die Stelle des §. 14. des Gesetzes vom 30. Mai 1820 getreten ist, und des §. 15. des letzteren Gesetzes die Verpflichtung zur Versteuerung der in einen Steuerbezirk eingebrachten Eingeweide behauptet,

daß, abgesehen davon, daß die Einbringung der, bei dem Angeklagten in Beschlag genommenen Lungen und Lebern, in den äußeren Steuerbezirk nicht festgestellt und auch nur in der Anklage ad 1. behauptet worden ist — nach §. 1a. des Gesetzes vom 2. April 1852 — die Schlächter im äußeren Steuerbezirk, welche mit Fleisch und Fett von Rindvieh 2c., so wie mit Waaren, die aus solchem Fleisch und Fett zubereitet sind 2c., einen Handel treiben, von dem Vieh, welches sie schlachten oder schlachten lassen, ingleichen von den eben genannten Gegenständen, wenn sie dieselben in ihren Wohnort einbringen, die Steuer eben so zu entrichten haben, als wenn sie zur Stadt gehören,

daß die Steuerbehörde aber bei Auslegung dieses Gesetzes in ihrem Sinne von der im Vorstehenden widerlegten Voraussetzung ausgeht, daß die Steuerfreiheit der Eingeweide nicht anerkannt sei, insofern also die aus jenem Gesetze gezogene Folgerung, daß die Eingeweide, weil sie darin von der steuerpflichtigen Einbringung nicht ausgeschlossen, der Schlachtsteuer unterliegen, dieser Grundlage entbehrt,

daß vielmehr in jenem Gesetze nur von dem zum Handel im äußeren Steuerbezirk bestimmten „Fleisch und Fett" und späterhin von dem Vieh, welches die Schlächter in jenem Bezirke zu jenem Zwecke schlachten oder schlachten lassen, die Rede und in Beziehung auf diese Gegenstände der Versteuerung den Schlächtern im äußeren und inneren Steuerbezirk eine gleiche Pflicht zur Versteuerung aufgelegt ist,

daß mithin in Beziehung auf das, durch das Schlachten zum Handel erlangte „Fleisch und Fett" diese letzteren Worte keine andere Bedeutung haben können,

als die, welche den Worten „Fleisch und Fett" in §. 10. a. a. O. nach dem Obigen beizulegen ist, in welcher sie die Eingeweide nicht umfassen,

daß aber auch in dem Falle, wenn Schlächter „Fleisch und Fett" zum Handel in den äußeren Steuerbezirk einbringen, es an jeder Andeutung ermangelt, daß die Worte „Fleisch und Fett" eine andere Bedeutung im Gesetze vom 2. April 1852 als im §. 10. des Gesetzes vom 30. Mai 1820 haben sollen und es jeden Grundes entbehrt, dieselben auch auf die eingebrachten Eingeweide auszudehnen,

daß vielmehr, da im §. 10. a. a. O. die Steuerfreiheit der Eingeweide anerkannt ist, im §. 14. ebendas. und im Gesetze vom 2. April 1852 die Steuerpflichtigkeit der Eingeweide bei deren Einbringung in den Steuerbezirk ausdrücklich hätte ausgesprochen werden müssen, wenn es bezweckt wäre, eine Steuer von den Eingeweiden zu erheben,

daß die Beschwerde zwar noch auf den §. 15 c. dd. des Gesetzes vom 30. Mai 1820 Bezug nimmt, worin bestimmt worden ist, daß von Fleisch- und Fettwaaren bei der Einbringung in eine steuerpflichtige Stadt eine erhöhte Steuer zu entrichten ist,

daß indessen diese Bestimmung die obige Ausführung unterstützt und die Beschwerde widerlegt, weil die Steuer nach dem Satze von dem in der Stadt ausgeschlachteten Vieh berechnet werden soll, hiernach also auch bei Berechnung der Steuer von dem in einen Steuerbezirk eingebrachten Fleisch- und Fettwaaren die Bestimmung des §. 10. a. a. O. wegen des Schlachtens des Viehes im Steuerbezirk maaßgebend ist, und daher bei Berechnung der Steuer die steuerfreien Eingeweide nicht in Anschlag kommen,

daß aus vorstehenden Gründen nicht anerkannt werden

kann, daß — wie die Beschwerde behauptet — bei der Einbringung von Theilen eines geschlachteten Stücks Vieh in einen Steuerbezirk der Gegenstand der Versteuerung ein anderer ist, als bei dem Schlachten in dem Steuerbezirk selbst und demnach die Beschwerde über die Nichtanwendung des §. 1a. des Gesetzes vom 2. April 1852 unbegründet ist,

die erhobene Beschwerde zurückgewiesen.

№ 51.

Richterliche Entscheidung über Vorfragen.

In wiefern kann die richterliche Entscheidung sich auf die unter den Parteien streitige Frage beschränken, ob für ein bestimmtes Rechtsverhältniß das eine oder das andere Landesrecht maaßgebend sei?

Proceß-Ordnung, Einleitung §. 1.

Bei der Auseinandersetzung zwischen der Concurs-Masse des am 4. November 1847 verstorbenen Besitzers der Herrschaft L. und dem Fideicommiß-Nachfolger desselben, dem Grafen Sch., erhoben sich auch Differenzen über die Vertheilung der Revenüen des Sterbejahrs des Cridars vom 1. Juli 1847 bis 1. Juli 1848. Nachdem in dem Termine vom 27. October 1852 die einzelnen Streitfragen ausgeworfen und dieselben zur gerichtlichen Entscheidung verwiesen worden waren, erging zunächst nach mündlicher Verhandlung das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Lübben vom 19. September 1855. Unter den dadurch entschiede-

nen Streitpunkten betraf der fünfte die Vertheilung der vorhandenen Holzbestände. Der Curator der Concurs-Masse wollte das gemeine sächsische in der Nieder-Lausitz recipirt gewesene Recht angewendet, der Fideicommiß-Besitzer dagegen den Bestand nach §. 147 ff. Thl. I. Tit 21. A. L. R. vertheilt wissen. Die Calculatur legte daher für die Vertheilung der genau von ihr specifirten Bestände eine zwiefache Berechnung nach sächsischem und nach preußischem Rechte an. In der Verhandlung vom 27. October 1852 wurde in dieser Beziehung die Streitfrage ausgeworfen:

> ob in Betreff der Vertheilung der Holzbestände das sächsische Recht oder das preußische Land-Recht maaßgebend sei?

Das Kreisgericht erkannte hierüber dahin:

> daß in der von der Calculatur aufgestellten, resp. noch aufzustellenden Ausgleichungs-Berechnung, rücksichtlich der Vertheilung der am 1. Juli 1847 vorhanden gewesenen Holzbestände die Vorschriften des A. L. R. zur Anwendung zu bringen;

auf Appellation jedoch des Concurs-Curators, das Appellations-Gericht zu Frankfurt am 21. April 1856 dahin:

> daß der Graf Sch. mit seinem Antrage, bei der Vertheilung jener Holzbestände die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts zur Anwendung zu bringen, angebrachtermaaßen abzuweisen.

Das Erkenntniß ging davon aus, daß in erster Instanz „nach dem Antrage des Grafen Sch. als Klägers" entschieden worden, ein Antrag aber überhaupt, zu erkennen

> ob Holzbestände nach sächsischem oder preußischem Rechte zu vertheilen,

unzulässig sei.

Beide Theile beschwerten sich hierüber. Darin mit

einander einverstanden, daß der Appellations-Richter über jene Streitfrage eine Entscheidung habe geben können und müssen, verlangte sodann der Fideicommiß-Nachfolger die Wiederherstellung des ersten Urtels, der Concurs-Curator dagegen, daß nach den Appellations-Beschwerden das sächsische Recht für maaßgebend erachtet werde.

Hierauf hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 8. December 1856 das Appellations-Erkenntniß bei diesem Punkte aufgehoben, in der Sache jedoch noch nicht definitiv erkannt, sondern dieselbe zur Entscheidung der obigen Frage, wie sie in dem Erkenntnisse des Kreisgerichts formulirt worden, in die Appellations-Instanz zurückgewiesen. Die

Gründe

lauteten in dieser Beziehung:

Was zunächst die dem vorigen Urtel gegebene Fassung anbelangt, so kann nicht mit dem Appellations-Richter davon ausgegangen werden, daß das Verlangen des Grafen Sch. als der Klageantrag anzunehmen sei. Schwerlich läßt diese Annahme sich darauf stützen, daß der Curator die Anwendbarkeit des sächsischen Rechts nur behauptet, der Graf Sch. dagegen die Vertheilung nach dem A. L. R. verlangt habe. Denn wenn in den Erklärungen der Parteien auf die Calculatur-Berechnungen der Curator „verlangen muß," daß die Auseinandersetzung nach dem sächsischen Recht geschehe, der Fideicommiß-Nachfolger aber die Abfindung nach dem A. L. R. beantragt, und sodann in der Verhandlung vom 27. October 1852 verlangt, daß die Vertheilung nach dem A. L. R. geschehe, die Gläubiger dagegen das sächsische Recht zur Anwendung bringen wollen, sie danach die obigen Holzbestände für sich allein in Anspruch nehmen und verlangen, daß ihnen deren Werth vorweg vergütigt werde; so liegt in die-

sen, die Stelle einer schriftlichen Verhandlung erster Instanz vertretenden beiderseitigen Erklärungen kein genügender Anlaß, den einen Interessenten vor dem anderen als Kläger resp. als Verklagten aufzufassen. Sie sind vielmehr nach der Natur ihrer Ansprüche, in Ermangelung einer besonderen Vereinbarung oder Bestimmung über die Parteirollen, beide auf gleichem Fuße in den Rechtsstreit eingetreten. Weshalb denn auch weder die Rubrik des ersten noch die des Appellations-Urtels den einen oder den anderen Theil als die klagende resp. als die verklagte Partei bezeichnet.

Aber auch der in obiger Weise ausgedrückten materiellen Ansicht des Appellations-Richters, daß über den fünften Punkt eine gerichtliche Entscheidung unzuläßig sei, muß die Beistimmung versagt werden.

Den ersten und Hauptgrund giebt der Appellations-Richter dahin an: der fragliche Antrag könne überhaupt nicht Gegenstand eines Processes sein, weil eine Entscheidung darüber, ob das Holz nach sächsischem oder nach preußischem Recht zu vertheilen sei, so viel bedeute, als ein Erkenntniß welches dahin laute: daß das geltende Recht anzuwenden sei; durch ein Erkenntniß aber nur über Thatfragen, nicht über objectives Recht entschieden werde.

Allein zunächst liegt es auf der Hand, daß bei der Verschiedenheit des innerhalb des Staats für verschiedene Bezirke, Zeitepochen und Personen anwendbaren objectiven Rechts die Frage, welche der überhaupt geltenden Normen für das gerade gegebene Verhältniß die anwendbare sei, gar wohl von den Parteien aufgeworfen und Gegenstand der richterlichen Entscheidung werden könne. Fragt es sich aber weiter, ob eine solche Entscheidung nicht etwa in ihren Folgen für ein bestimmtes Rechtsverhältniß, sondern für sich begehrt, und zum besonderen Erkenntniß verstattet werden

könne, so kommt für den vorliegenden Fall Folgendes in Betracht. Im Allgemeinen ist es bekannten Rechtens, daß dem Richter theils in manchen Fällen geboten, theils auf den Antrag der Parteien gestattet ist, gewisse für die Entscheidung eines Rechtsstreits wichtige Vorfragen abgesondert durch Erkenntniß zu erledigen, sei es, daß auf Grund dieses Erkenntnisses die endliche Entscheidung in einem zweiten Rechtsgange, oder daß sie durch Vereinbarung der Parteien erfolge. (Vergl. §. 81 b. der A. G. O. Thl. I. Tit. 10.) Insbesondere will die A. G. O. Thl. I. Tit. 46. zunächst bei Erbsonderungen, sodann §. 26 ff. bei Auseinandersetzungen zwischen dem Fideicommißfolger und den Allodial-Interessenten, daß gewisse präjudicielle Fragen, z. B. die Erbrechte der Prätendenten, die Fideicommißeigenschaft des Gutes, wenn streitig, für sich in den Proceßweg gewiesen werden, damit nach deren Entscheidung die Auseinandersetzung ihren weiteren nicht nothwendig processualischen Gang gehe. Daß nun auch die Frage, ob die Auseinandersetzung, hinsichtlich gewisser Gegenstände nach diesen oder jenen Rechten erfolgen müsse, für sich, ohne zugleich die Vertheilung selber durchzuführen, zum Erkenntniß verstatttet werden dürfe, steht wenigstens dann nicht zu bezweifeln, wenn, wie hier, die Entscheidung über die Geltung gewisser Rechtsnormen nicht etwa in abstracto, sondern für ein concretes, dem Richter vorgelegtes Rechtsverhältniß begehrt wird. In Uebereinstimmung hiermit haben auch in der, in den Entscheid. XXX. S. 145 ff. veröffentlichten Sache, die Richter aller dreier Instanzen kein Bedenken gefunden, über den Klageantrag, die Verklagten für schuldig zu erachten, sich bei Theilung eines gewissen Nachlasses nach der Gütergemeinschaft des Oels'ner Statuts event. nach der des Allgemeinen

Landrechts beurtheilen zu lassen, eine materielle **Entscheidung** abzugeben.

Es kommt für den vorliegenden Fall hinzu, **daß**, wie bei der folgenden Erörterung näher darzulegen, **die Parteien** über die weiteren Folgen, welche aus der **gewünschten** Entscheidung für die Vertheilungs-Quanta **hervorgehen**, sich nicht abweichend, sondern vielmehr **übereinstimmend** geäußert haben.

Der Appellations-Richter hält nämlich den **gedachten** Antrag ferner für unzulässig, weil die Holzbestände **nicht** nach Betrag, Ursprung und Ablage specialisirt worden seien, und weil der **Ausdruck** „sächsisches Recht" **vieldeutig** sei, indem darunter altes sächsisches Recht, churfürstlich oder königlich sächsisches Recht verstanden werden könne.

Auch hierin ist ihm nicht beizutreten. Was die vermißte Specialisirung anbetrifft, so erscheint dieselbe an sich für jene principielle Frage nicht erheblich. Sie ist aber ferner auch schon in der Calculatur-Berechnung enthalten, welche die Holzbestände vom 1. Juli 1847 und 1848 nach den verschiedenen Forsten, nach dem Quantum der einzelnen Holzgattungen und deren Werth zu den Beträgen von 1632 Thlr. 2 Sgr. 4 Pf. und 2863 Thlr. 11 Sgr. 11 Pf. zusammen von 4495 Thlr. 14 Sgr. 3 Pf. aufführt. Und auf diese Berechnung weist sowohl der tenor des ersten Erkenntnisses, wonach in der von der Calculatur aufgestellten resp. noch aufzustellenden Ausgleichungsberechnung rücksichtlich der Vertheilung der am 1. Juli vorhanden gewesenen Holzbestände die Vorschriften des Allg. Landrechts zur Anwendung zu bringen, bei dem der Fideicommiß-Nachfolger sich beruhigt hat, als auch der Antrag des appellatorischen Curators hin, daß in der von der Calculatur angelegten resp. noch anzulegenden Ausgleichungs-Berechnung ... nicht die

Vorschriften des Allg. Landrechts, sondern die des sächsischen Rechts zur Anwendung zu bringen.

Ueber das practische Resultat endlich der Anwendung der einen oder der anderen Vertheilungsnorm (zu dessen Gewinnung doch nur jene Specialisirung erforderlich wäre) war und ist unter den Parteien kein Streit, vielmehr Uebereinstimmung. In der Verhandlung vom 27. October 1852 erkennen beide Interessenten die Auseinandersetzungs-Berechnung, insoweit in Betreff ihrer ... nicht besondere Streitfragen ausgeworfen sind, als richtig und maaßgebend an, und erklären sich an sie, insoweit als an ein schriftliches Abkommen gebunden. Insbesondere erkennen sie hinsichtlich der Veranschlagung der Holzbestände zu Geld an, daß die in einer früheren Verhandlung angegebenen Preise maaßgebend, und daß hiernach die Berechnungen der Calculatur erfolgt seien. Und in der jetzigen Instanz erklärt der Curator: es sei kein Streit unter den Parteien darüber, daß von jener Gesammtsumme bei Anwendung des Allg. Landrechts, dem Fideicommißfolger 3593 Thlr. 18 Sgr. 10 Pf., der Concursmasse nur 901 Thlr. 25 Sgr. 5 Pf., bei Anwendung des sächsischen Rechts dem Ersteren nur 1638 Thlr. 15 Sgr., der Letzteren aber 2856 Thlr. 29 Sgr. 3 Pf. wirklich zuzusprechen seien. Der Fideicommißfolger bemerkt seiner Seits, daß nicht über das Quantum und den Werth der Bestände, sondern über die Antheilsquoten gestritten werde, daß der Curator nämlich von der Gesammtsumme 2856 Thlr. 29 Sgr. 3 Pf., der Fideicommißfolger aber nicht bloß den Ueberrest von 1638 Thlr. 15 Sgr., sondern 3593 Thlr. 18 Sgr. 10 Pf. beanspruche, und dem Gegner nur 901 Thlr. 25 Sgr. 5 Pf. zugestehe, und daß dieser Streit durch die zur Entscheidung gestellte Vorfrage bedingt werde. Es bedurfte somit nach dieser Sach-

lage keiner näheren Specialisirung der Holzbestände in den Anträgen der Parteien.

Auch eine sodann vom Appellations-Richter gerügte Vieldeutigkeit des Ausdruckes „sächsisches Recht" kann einer materiellen Entscheidung des fünften Punktes füglich nicht im Wege stehen. Aus demjenigen, was in der vorigen Instanz vom Concurs-Curator gegen die Entscheidungsgründe des ersten Richters, und vom Fideicommißfolger zu deren Bestätigung ausgeführt worden, ergiebt sich näher der Streitpunkt dahin: ob nach dem Publications-Patent vom 15. November 1816 über die Einführung des Allg. Landrechts in die ehemals sächsischen Provinzen, für die Vertheilung der fraglichen Holzbestände noch das vor jener Einführung in einem solchen Falle geltende Recht laut §§. 3 ff. des Patents, oder das Allg. Landrecht nach §§. 1. 2. ebendas. maaßgebend sei. Dabei ist es gleichgültig, ob die vor jenem Zeitraume anwendbare Norm, ihrem Ursprunge nach, als altes oder churfürstliches oder königlich sächsisches Recht zu bezeichnen sei. Und fragt es sich ferner, ob die unter anderen in Hommel's Pertinenz- und Absonderungs-Register unter Holz angegebene Norm, wonach das vor Beginn des Sterbejahres schon geschlagene Holz sämmtlich, ohne Anwendung der in den §§. 147 ff. Thl. I. Tit. 21. A. L. R. enthaltenen Maaßgaben, dem Nießbraucher, hier der Concurs-Masse zufällt, als eine provinzialrechtliche oder als gemeine sächsische, und ferner als lehnrechtliche oder als civilrechtliche Bestimmung anzusehen sei, und danach dem einen oder anderen Paragraphen des Publications-Patents unterliegen, so gebührt die Untersuchung und Entscheidung dieser Frage recht eigentlich dem richterlichen Amte.

Ueberhaupt also darf der fünfte, durch das Urtel erster Instanz noch näher bestimmte Punkt als zur Entscheidung

durch Erkenntniß ungeeignet, nicht angesehen werden. Es lag somit auch kein materieller Grund vor, bei diesem Punkte den Fideicommißfolger mit seinem Antrage angebrachtermaaßen abzuweisen.

Da nun der Appellations-Richter eine Entscheidung über das die Theilung der Holzbestände regulirende Princip nicht abgegeben hat, so war, damit den Parteien in dieser Beziehung keine Instanz verloren gehe, der fünfte Punkt zur neuen Entscheidung an die vorige Instanz zurück zu verweisen.

№ 52.

Gerichtsstand der Einwohner der deutschen Bundes-Staaten vor Preußischen Gerichten.

Durch die Verordnung vom 7. Juli 1819 (Ges. Samml. S. 212.) ist nur der §. 34. des Anhangs zur Allgem. Ger. Ordn. in Ansehung der Einwohner der deutschen Bundes-Staaten aufgehoben, nicht aber auch der §. 119. Tit. 2. Thl. I. der Allgem. Ger. Ordn. Präj. 2673.

Der Kläger, Verwalter K., fordert Zurückzahlung eines Darlehns, welches er dem Verklagten S. im December 1848 in 50 Thlr. Preußisch Courant, 100 Thlr. Oesterreich'schen Banknoten und 150 Thlr. polnischem und russischem Gelde gegeben haben will. Verklagter hat seinen Wohnsitz in T. in Kärnthen, in den Oesterreich'schen Erbstaaten, und der Kläger brachte deshalb unter der Behauptung, daß Verklag-

ter sonst kein Vermögen besitze, auf eine Forderung desselben, womit er im S.'schen Concurse mit 1400 Thlr. angesetzt worden, welche er aber an einen Dritten abzutreten beabsichtige, mit der bei dem Kreisgericht zu Beuthen angestellten Klage zugleich ein Arrestgesuch auf jenes percipiendum an. Dieser Arrest ist angelegt und die Sache eingeleitet.

Der Verklagte erhob präjudiciell den Einwand der Incompetenz. Seine Eigenschaft als Ausländer, der aber in den deutschen Bundes-Staaten wohne, begründe den Gerichtsstand nach der Verordnung vom 7. Juli 1819 nicht. Der Arrest aber sei dazu nicht geeignet, einmal, weil er die angebliche Forderung an den S.'schen Concurs, auf welche der Arrest angelegt worden, gar nicht besitze, das Object des Arrestes also gar nicht existire, und sodann, weil weder die eingeklagte Forderung, noch die behauptete Unsicherheit bis zur Rechtfertigung der Anlegung des Arrestes bescheinigt seien. Verklagter verlangte, daß vorweg über den Einwand der Incompetenz verhandelt und entschieden werde.

Der erste Richter hat am 19. Juli 1855 auf Verwerfung des Einwandes der Incompetenz erkannt, weil zwar der Landsessiat gegen Bewohner der deutschen Bundes-Staaten nach der Verordnung vom 7. Juli 1819 in Bezug auf die Verfolgung der persönlichen Forderungen aufgehoben sei, hier aber das von jener Verordnung nicht betroffene forum arresti Platz greife, in Bezug auf dasselbe der Verklagte zwar den Arrest als unbegründet darzustellen und dadurch das, den Gerichtsstand begründende Moment zu beseitigen suche, dabei aber nicht zugleich verlangt habe, daß über den Arrest getrennt von der Hauptsache verhandelt und erkannt werde, so lange dieses aber nach §. 212. des Anh. zur Allgem. Ger. Ordn. nicht geschehen, das Gericht nicht befugt sei, eine Trennung vorzunehmen und die Zulässigkeit

des Arrestes ohne die Hauptsache zu erörtern und zu entscheiden, auch, so lange der Arrest nicht durch ein rechtskräftiges Urtel aufgehoben sei, jede Einrede der Incompetenz verworfen werden müsse.

Hiergegen machte Verklagter in zweiter Instanz geltend, daß der Richter durch die Aufstellung der Einrede der Incompetenz und den Antrag, darüber vorweg zu erkennen, in Gemäßheit des §. 5. des Gesetzes vom 21. Juli 1846 von selbst in die Nothwendigkeit versetzt sei, auch den ausgebrachten Arrest zu prüfen und darüber zu entscheiden, da diese neuere Vorschrift in dieser Beziehung dem §. 212. des Anh. zur Allgem. Ger. Ordn. derogire. Event. beantragte er, über den Arrest getrennt von der Hauptsache zu entscheiden und behauptete wiederholt die Unbegründetheit des Arrestes, wobei er sich auf ein Präjudiz des Ober-Tribunals berief (Entscheid. Bd. 19. S. 433.), wonach die Beschlagnahme von Forderungen überhaupt nicht geeignet sei, den Gerichtsstand eines Ausländers im Inlande zu begründen. Das Appellations-Gericht zu Ratibor hat aber durch Urtel vom 7. Januar 1856 das erste Erkenntniß bestätigt, weil der, erst in zweiter Instanz formirte Antrag auf Trennung der Arrestsache von der Hauptsache, als verspätet, keine Berücksichtigung finden könne und daher das forum arresti nach §. 119. Tit. 2. Thl. I. A. G. O. auch für die Hauptsache begründet sei, da dieser Paragraph durch die Verordnung vom 7. Juli 1819 in keiner Weise berührt werde, letztere vielmehr sich nur auf §. 114. ebendas. und §. 34. des Anh. beziehe und den Landsessiat rücksichtlich der Einwohner der deutschen Bundes-Staaten aufgehoben habe.

Die von dem Verklagten eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde

ist durch Erkenntniß des vierten Senats des **Ober-Tribunals** vom 4. December 1856,

in Erwägung, daß durch die Verordnung vom 7. Juli 1819 nur der §. 34. des Anh. zur Allgem. Ger. **Ordn.** in Beziehung auf die Einwohner der deutschen **Bundes**-Staaten aufgehoben worden, dagegen die Bestimmung des §. 119. Tit. 2. Thl. I. der Allgem. Ger. Ordn. bestehen geblieben ist, der Appellations-Richter mithin diese Bedeutung der Verordnung vom 7. Juli 1819 richtig aufgefaßt hat;

in Erwägung, daß der Appellations-Richter, wenn er den, erst in zweiter Instanz formirten Antrag des Verklagten auf Trennung der Arrestsache von der Hauptsache, als verspätet, nicht berücksichtigt, damit nicht gegen eine wesentliche Proceßvorschrift, deren Verletzung im Wege der Nichtigkeits-Beschwerde mit Erfolg gerügt werden könnte, verstoßen hat, mithin auch hieraus weder eine Verletzung des §. 119. Tit. 2. Thl. I. der Allgem. Ger. Ordn., noch ein Verstoß gegen den §. 5. Nr. 8. der Verordnung vom 14. December 1833 hergeleitet werden kann,

zurückgewiesen.

№ 53.

Präjudiz bei Vorladung zur mündlichen Klagebeantwortung und weiteren Verhandlung.

Ob der zur mündlichen Beantwortung der Klage und weiteren Verhandlung der Sache vorgeladene Verklagte durch Einreichung einer schriftlichen Klagebeantwortung von dem Erscheinen in dem angesetz-

ten Termine entbunden wird, oder ob er bei seinem Ausbleiben die Folgen der Contumaz zu gewärtigen hat?

Instruction vom 24. Juli 1833 §§. 12 und 23.
Rescripte vom 27. April 1836 und 20. September 1837.
Gesetz vom 21. Juli 1846 §. 9.
Verordnung vom 1. Juni 1833 §. 25.
Proceß-Ordnung Tit. 31. §. 11.

In dem Possessorien-Proceß der verehelichten Ziegelei-Pächter S. wider den Steinhändler F. war der Verklagte unter dem Präjudiz zur Beantwortung der Klage und weiteren Verhandlung zur Audienz geladen worden: daß bei seinem Ausbleiben alle in der Klage angeführten Thatsachen in contumaciam für zugestanden erachtet werden würden und daß eine schriftliche Klagebeantwortung ihn von dem Erscheinen im Termine nicht entbinde. Er erschien in dem Termine nicht, übersendete vielmehr an demselben Tage dem Gericht eine schriftliche legalisirte Auslassung mit dem Antrage, die Klägerin abzuweisen, eventuell einen neuen geräumigen Termin anzusetzen, indem er durch ein ärztliches Attest sein Nichterscheinen zu entschuldigen und den letzteren Antrag zu motiviren suchte.

Klägerin widersprach dem Prorogations-Gesuche und stellte den Contumacial-Antrag, welchem gemäß die Kreisgerichts-Deputation zu Mittenwalde den Verklagten unter Verwerfung des Prorogations-Gesuchs, gemäß §. 11. Tit. 31. der Proceß-Ordnung, und da die Klage sonst rechtlich begründet sei, durch Erkenntniß vom 7. März 1856 nach dem Klageantrage verurtheilte. Mit dem Restitutions-Gesuche zurückgewiesen, hat Verklagter die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben, theils in der Hauptsache, theils des Kosten-

punktes wegen. In ersterer Beziehung wurde **namentlich** behauptet: der Verklagte sei nicht ordnungsmäßig **gehört** (Art. 3. Nr. 1. der Declaration vom 6. April 1839) und es sei ein unrichtiges Präjudiz in Anwendung **gebracht**, nämlich statt des Präjudices des §. 9. des Gesetzes vom 21. Juli 1846, das des §. 11. Tit. 31. der Proceß-Ordnung und §. 4. des Gesetzes vom 21. Juli 1846 (§. 5. Nr. 2. der Verordnung vom 14. December 1833). Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat durch Erkenntniß vom 10. September 1856 die Beschwerde in der Hauptsache verworfen und zwar rücksichtlich des erwähnten Angriffs aus folgenden

G r ü n d e n.

Der Verklagte, zur mündlichen B e a n t w o r t u n g d e r K l a g e u n d w e i t e r e n V e r h a n d l u n g zum Termine vorgeladen, ist nicht erschienen, die Einreichung einer schriftlichen Klagebeantwortung entband ihn von dem Erscheinen nicht, und der Richter hat mit Recht in contumaciam gegen ihn erkannt. Die dem Verklagten bei der Vorladung gestellte Verwarnung entspricht dem Gesetze. Denn der §. 9. des Gesetzes vom 21. Juli 1846 hat in dem in Rede stehenden Falle keinen Einfluß. Er hat zwar die Warnung des §. 25. der Verordnung vom 1. Juni 1833 für den Fall der mündlichen weiteren Verhandlung modificirt, nicht aber die Verpflichtung des Verklagten aufgehoben, in dem zur Beantwortung der Klage und weiteren Verhandlung angesetzten Termine in Person oder durch einen Bevollmächtigten zu erscheinen. Das gestellte Präjudiz entspricht dem §. 11. Tit. 31. der Proceß-Ordnung und dem §. 12. der Instruction vom 24. Juli 1833. (Vergl. Rescript vom 27. April 1836, 20 September 1837, §. 23. der Instruc-

tion vom 24. Juli 1833. Scherings Commentar Art. 320. S. 248.)

Der aus §. 5. Nr. 2. des Gesetzes vom 14. December 1833 erhobene Angriff ist daher grundlos, und eben so verwerflich der Vorwurf, daß Verklagter nicht ordnungsmäßig gehört sei. (Art. 3. Nr. 1. der Declaration vom 6. April 1839.) Den Verklagten trifft die Folge, welche das Gesetz für seinen Ungehorsam feststellt.

№ 54.

Separatverfahren in Wechselsachen.

Kann der Wechsel-Verklagte, der im Wechsel-Processe in dem zur Ableistung des Diffessions-Eides in Betreff des Accepts, aus welchem er in Anspruch genommen war, anberaumten Termine ausgeblieben und in Folge dessen zur Zahlung der verschriebenen Summe wechselmäßig verurtheilt worden ist, demnächst noch in einem Separat-Processe die Unächtheit des Accepts geltend machen und auf Grund derselben die in Gemäßheit des Wechsel-Judicats gezahlte Summe zurückfordern?

A. G. O. Thl. I. Tit. 27. §§. 25. 52. 54.

Der Destillateur R. zu B. wurde von dem Kaufmann Ra. zu N. S. als dem Inhaber eines mit seinem Accepte versehenen Wechsels über 532 Thl. 26 Sgr. in Anspruch genommen und wegen seines Ausbleibens in dem, zur Dif-

fession des von ihm nicht recognoscirten Acceptes anberaumten Termine, zur Zahlung der geforderten Summe wechselmäßig verurtheilt, verlangte aber demnächst in einem besonderen Processe die Erstattung des gezahlten Betrages und stützte diese Forderung auf die Behauptung, daß jener Accept nicht von ihm herrühre, sondern gefälscht sei.

Durch die gleichlautenden Urtel des Kreisgerichts, sowie des Appellations-Gerichts zu Stettin vom 16. November 1855 und 12. April 1856 mit der erhobenen Klage abgewiesen, wandte er noch die Nichtigkeits-Beschwerde ein und das gedachte Appellations-Erkenntniß ist denn auch am 27. November 1855 von dem vierten Senate des Ober-Tribunals vernichtet worden.

G r ü n d e.

Der vorige Richter nimmt an, daß es sich hier nicht um die Geltendmachung eines Einwandes im Sinne des §. 54. Tit. 27. Thl. I. der A. G. O. handle und mithin Kläger sich auf die gedachte Vorschrift nicht berufen könne. In dem Wechsel-Processe habe der jetzige Verklagte als Wechselkläger das Fundament seines Anspruchs, mithin die Aechtheit des Accepts und die Unterschrift des jetzigen Klägers zu beweisen gehabt. Zu diesem Zwecke habe er von Letzterem, als derselbe seine Unterschrift nicht recognoscirte, die Ableistung des Diffessions-Eides verlangt und diesen Eid hätte Kläger schwören müssen, ohne daß nach §. 135. Tit. 10. Thl. I. der A. G. O. eine Gewissens-Vertretung durch anderen Beweis zulässig war. Wenn Kläger jetzt die Fälschung des Accepts behaupte, so liege hierin ein wiederholtes Bestreiten des Fundaments der Wechselklage. Die Statthaftigkeit einer nochmaligen Erörterung des Klagegrundes, der sich im Wechsel-Processe als richtig ergeben, könne jedoch aus dem §. 54. Tit. 27. Thl. I. A. G. O.

nicht gefolgert werden, und man würde, wenn man das Gegentheil annehmen wollte, mit dem §. 135. Tit 10. daſ in Widerspruch gerathen.

Der Implorant erklärt hierdurch den §. 54. Tit. 27. Thl. I. A. G. O. in Verbindung mit den §§. 25. 52. a. a. O. sowie resp. den §. 135. Tit. 10. Thl. I. A. G. O. für verletzt und diese Rüge ist für begründet zu erachten.

Der §. 25. bestimmt, daß der Wechselverklagte, wenn er den Wechsel recognoscirt hat, vernommen werden muß, ob und was er etwa gegen die Form und Wechselkraft des Instruments oder gegen die Forderung selbst einzuwenden habe. Der §. 52. disponirt:

> es ist oben §. 29. verordnet, daß, wenn der Wechselverklagte Einwendungen entgegensetzt, die nicht sofort liquide zu machen sind, der instruirende Deputirte sie nur kürzlich, ohne sich bei Erörterung derselben aufzuhalten, in dem Protocolle bemerken müsse, —

und der §. 54. besagt, daß der vormalige Wechselverklagte bei der Separatinstruction, von welcher im §. 53. die Rede ist, alle seine Einwendungen gegen die Forderungen des Wechselklägers, wenn er auch derselben im Wechselverfahren nicht gedacht hätte, oder sie in dem Wechselprocesse aus Mangel am Beweise verworfen worden wären, geltend machen könne.

Von den Einwendungen, deren Ausführung dem Wechselverklagten hiernach noch in einem besonderen Verfahren gestattet ist, lassen sich aber bei der Allgemeinheit, womit sich namentlich der §. 54. ausspricht, diejenigen, welche das Fundament der Klage betreffen, nur in soweit die Natur des Wechsels und des Wechselprocesses dies nothwendig mit sich bringen, für ausgeschlossen erachten. Die Form und die Wechselkraft des Instruments dürfen nur im Wechsel-

vrfahren bemängelt werden, und es kann, wenn hier die eine als tadellos oder die andere als vorhanden festgestellt ist, von einer weiteren Anfechtung derselben nicht die Rede sein, weil ihre vorschriftsmäßige Beschaffenheit oder Existenz eben nur die Zulässigkeit der Wechselklage, welche sich ohne sie nicht für begründet erachten läßt, als solche bedingen, und sie deshalb bloß im Wechsel-Processe Gegenstand der Erörterung und Entscheidung sein können. Anders verhält es sich dagegen mit der Aechtheit des Instruments oder des Accepts, wodurch nicht nur der Wechselanspruch des Inhabers, sondern überhaupt jedwede Forderung aus der Urkunde bedingt erscheint. Wird sie im Wechselprocesse, weil der Verklagte in dem zur Erklärung über dieselbe oder zur Ableistung des Diffessions-Eides anberaumten Termine ausgeblieben ist, für recognoscirt erachtet; so hat dies allerdings die Folge, daß der Wechselverklagte zur Zahlung der verschriebenen Summe an den Kläger, dessen Wechselanspruch alsdann auch in dieser Hinsicht für hinreichend begründet gilt, wechselmäßig verurtheilt und angehalten werden muß. Doch läßt sich dadurch ihre unbedingte Aechtheit auch außerhalb der Grenzen des Wechselprocesses noch nicht als festgestellt ansehen, und es muß deshalb dem Wechselverklagten namentlich mit Rücksicht auf die ihn beengenden Vorschriften, welche für das Wechselverfahren maaßgebend sind, die Geltendmachung seiner diesfälligen Einwendungen in einem besonderen Verfahren unverschränkt bleiben.

Wenn der §. 26. Tit. 27. Thl. I. A. G. O. im Wechselprocesse nur solche Einwendungen, welche sofort liquide gemacht werden können, für zulässig erklärt, und wenn die §§. 29. 52 ff. in Bezug hierauf verordnen, daß diejenigen Einreden, die nicht sofort liquide zu machen sind, von dem Deputirten im Wechselverfahren nur kurz regi-

ſtrirt werden dürfen, damit über ſie in einem beſonderen Verfahren verhandelt und entſchieden werde; ſo iſt hiermit ohne Zweifel auch allen den Beſchränkungen Rechnung getragen, deren der Wechſelverklagte ſich im Wechſelproceſſe bei der Liquidemachung ſeiner Einwendungen unterworfen findet, ohne daß er im gewöhnlichen Proceſſe eben ſo gebunden ſein würde, und eine ſolche Beſchränkung liegt für ihn darin, daß nach §. 16. Tit. 27. Thl. I. A. G. O. die Termine in Wechſelſachen nur in dem einzigen Falle prorogirt werden dürfen, wenn klar erhellt, daß Naturbegebenheiten oder andere unabwendbare Zufälle es dem Verklagten unmöglich gemacht haben, den Termin perſönlich oder auch nur durch einen Bevollmächtigten abzuwarten. Demgemäß wird, wenn er in dem Klagebeantwortungs-Termine weder perſönlich noch durch einen Mandatar erſchienen iſt, wie der §. 17. ausdrücklich hinzufügt, ohne Weiters in contumaciam wider ihn erkannt, dabei aber werden der producirte Wechſel oder das darauf befindliche Accept, aus welchen geklagt worden, wenn ſie auch falſch ſein ſollten, für den Wechſelproceß als recognoſcirt angeſehen, ohne daß eine Reſtitution ſtattfindet und bei der dem Verklagten allein zuſtehenden Appellation iſt derſelbe an die kurze Anmeldungs- und Einführungsfriſt von drei Tagen gebunden. — §. 27. Verordnung vom 21. Juli 1846. — Andrer Seits aber wird, nachdem im §. 21. Tit. 27. Thl. I. A. G. O. vorangeſchickt worden, daß dem Verklagten, falls er ſich zur Ableiſtung des Diffeſſions-Eides erboten habe, derſelbe ſofort im Klagebeantwortungs-Termine abgenommen werden müſſe, in den §§. 22. 23. zwiſchen den beiden Fällen, wenn er ſich wegen einer unternommenen Reiſe durch einen General-Bevollmächtigten hat vertreten laſſen, oder wenn er wegen beſcheinigter Krankheit ohne dergleichen Vertretung ausge-

blieben ist, unterschieden. In dem ersteren Fall soll der Bevollmächtigte den im §. 22. angegebenen Eid leisten, und es soll alsdann dem Kläger überlassen bleiben, ob er den Termin bis zur Zurückkunft des Verklagten prorogiren oder demselben den Wechsel nachsenden lassen will, während das Instrument für recognoscirt erachtet wird, sobald der General-Bevollmächtigte die Ableistung jenes Eides oder die Bezeichnung eines Ortes, wo der Wechsel dem Verklagten vorgelegt werden kann, verweigert. Doch ist dabei dem Kläger, sofern er den Bevollmächtigten zu dem gedachten Eide nicht verstatten will, freigestellt, die Aechtheit der Unterschrift anderweit nachzuweisen, und es ist alsdann auf vorläufige Deposition oder Sicherstellung der eingeklagten Summe zu erkennen. In dem zweiten Falle aber findet, sobald der Gesundheitszustand des Verklagten es irgend erlaubt, die Abnahme des Diffessions-Eides in seiner Behausung statt, und es ist nur, wenn sich dies nicht ausführen läßt, bis zu seiner Besserung damit zu warten, oder es muß die Sache, wenn seine Krankheit in einen anhaltenden Wahnsinn oder Blödsinn ausartet, mit dem ihm zu stellenden Curator fortgesetzt werden.

So lange der Wechselverklagte die Aechtheit der Unterschrift des Wechsels oder des Accepts nicht bestreitet, ist dieselbe für ächt und unverfälscht zu erachten, und der Wechselkläger braucht seiner Seits darüber keinen weiteren Beweis zu führen. Auch wird die Stellung, die er hierbei gegen den Verklagten einnimmt, dadurch nicht verändert, daß ihm, wenn er den Letzteren nicht zum Diffessions-Eide verstatten will, die Richtigkeit der Handschrift desselben durch Zeugen oder durch Vergleichung der Handschrift darzuthun unbenommen bleibt. Vielmehr hat das Bestreiten jener Aechtheit die Natur eines Einwandes, den der Verklagte seiner Seits durch Ableistung des

Diffessions-Eides beweisen muß, und die Schranken, welche ihm hierbei durch die obigen Bestimmungen im Wechselprocesse gesetzt sind, bringen es mit sich, daß ihm, wenn er sich als Wechselverklagter dadurch verhindert sah, den gedachten Einwand liquid zu machen, die Verfolgung seiner daraus fließenden Rechte in einem besonderen Verfahren unverschränkt bleiben muß. Wie sehr dies aber dem Geiste der das Wechselverfahren regelnden Gesetzgebung entspricht, geht auch zugleich aus der erwähnten Vorschrift des §. 22. hervor, wonach nur auf vorläufige gerichtliche Niederlegung oder annehmliche Sicherstellung erkannt werden darf, wenn selbst die Aechtheit der Unterschrift des Wechsels oder des Accepts in dem Falle, daß der Wechselkläger den von dem Verklagten zurückgelassenen General-Bevollmächtigten nicht zu dem daselbst angegebenen Eide verstatten wollte, im Wege der comparatio litterarum oder selbst durch Zeugen nachgewiesen ist. Denn auch in solchem Falle tritt jene Verurtheilung als Folge des persönlichen Ausbleibens des Verklagten im Schwörungstermine ein, und wenn sie trotzdem selbst unter der Voraussetzung, daß die Aechtheit seiner Unterschrift durch Zeugen dargethan worden ist, nur vorläufig erfolgen darf, mithin sogar einem dergleichen Zeugenbeweise keine definitive oder peremtorische Wirkung beizumessen ist; so läßt sich nicht absehen, weshalb das bloße Ausbleiben des Verklagten in dem Klagebeantwortungs- oder Schwörungstermine, ohne Bestellung eines ihn vertretenden Bevollmächtigten, den Nachtheil für ihn haben solle, daß es bei seiner auf Grund jenes Ausbleibens im Wechselprocesse erfolgten Verurtheilung und bei der demgemäß geleisteten Zahlung sein definitives Bewenden behalten müßte und er hiergegen in dem ihm eine freiere Bewegung gestattenden ordinairen Processe keine Abhülfe sollte finden können. Daß

aber im §. 22. Tit. 27. Thl. I. A. G. O. nur **von einer** Deposition oder Sicherstellung die Rede ist, **kann in der** Sache nichts ändern. Denn in Bezug auf die hier **vorliegende** Frage bleibt es entscheidend, daß die erwähnte **Bestimmung** an das Ausbleiben des Wechselverklagten, **selbst**, wenn die Aechtheit seiner Unterschrift durch Zeugen **bestätigt** worden, nur eine über den Wechselproceß nicht **unbedingt** hinausreichende Wirkung, deren spätere Beseitigung **dem** Wechselverklagten gestattet ist, knüpft, und es kann **der allgemeinen** Anwendbarkeit des dadurch anerkannten **Princips** nicht entgegenstehen, wenn auch jene Wirkung in **dem besonderen** Falle des §. 22. nur in einer Verurtheilung **des** Wechselverklagten zur gerichtlichen Niederlegung oder **Sicherheitsleistung** besteht.

Daß dem Verklagten, wenn selbst die **Unterschrift** des Wechsels im Wechselprocesse wegen seines **Nichterscheinens** in dem Klagebeantwortuugs-Termine in contumaciam für recognoscirt erachtet worden, doch noch die Diffession jener Urkunde in einem besonderen Verfahren unbenommen bleibt, ist bereits in einem früheren Erkenntnisse vom 1. November 1845 ausgeführt, — Entscheid. Bd. 12. S. 368. — und ein Gleiches muß aus obigen Gründen auch dann gelten, wenn er sich in dem zur Ableistung des Diffessions-Eides angestandenen Termine nicht eingefunden hat. In eben jenem Erkenntnisse sind die Bestimmungen, welche sich auf die Zulässigkeit der Ausführungen des Wechselverklagten im Wechsel-Separatverfahren beziehen, mit Recht als Rechtsgrundsätze im Sinne des §. 4. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833 bezeichnet, und es erscheint sonach die Vernichtung des vorigen Urtels, weil es mit §§. 25., 52., 54. Tit. 27. Thl. I. A. G. O. im Widerspruche steht, während es zugleich eine unrichtige Anwendung des hier keines-

weges für durchgreifend zu erachtenden §. 135. Tit. 10. Thl. I. A. G. O. enthält, schon aus diesem Grunde gerechtfertigt. Dieselbe mußte um so mehr erfolgen, als es zugleich ein Verstoß wider die auf die Wirkungen einer rechtskräftigen Entscheidung sich beziehenden Vorschriften, deren Verletzung Implorant gleichfalls gerügt hat, enthält, wenn der vorige Richter annimmt, daß der jetzige Kläger bei der Existenz des wider denselben ergangenen Wechsel-Judicats mit dem gegen die Aechtheit seines Accepts erhobenen Einwande in dem jetzigen Verfahren nicht weiter habe gehört werden dürfen.

In der Hauptsache ist übrigens unter Abänderung des ersten Urtels auf den von dem Kläger zu leistenden Diffessions-Eid erkannt und je nach dessen Ableistung oder Nichtableistung Verklagter zur Zahlung verurtheilt oder Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen worden.

№ 55.

Einführung des Rechtsmittels.

Ob das Rechtsmittel für ordnungsmäßig eingeführt zu betrachten ist, wenn die Einführungsschrift zwar von einem Rechts-Anwalte, nicht aber von der Partei unterschrieben, von der letzteren vielmehr nur mit drei Kreuzen versehen ist?

Verordnung vom 21. Juli 1846 §§. 17. und 21.

In einem bei dem Kreisgericht zu Pillkallen schwebenden Processe war von dem Verklagten gegen das ihm nach-

theilige Erkenntniß rechtszeitig die Appellation eingelegt, die Einführungsschrift auch innerhalb der gesetzlichen Frist eingereicht, diese Schrift aber nur von dem Rechts-Anwalte T., nicht von dem Verklagten unterschrieben, welcher letztere vielmehr die Schrift nur mit drei Kreuzen versehen hatte. Für den Verklagten trat in zweiter Instanz der Rechtsanwalt M. als Bevollmächtigter auf, und wiewohl dieser im Audienz-Termine erklärte, daß er die Einführungsschrift genehmige und zu der seinigen mache, ward dennoch durch Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Insterburg vom 22. Mai 1856 das Rechtsmittel der Appellation für nicht devolvirt erklärt. Zur Rechtfertigung dieser Entscheidung ward geltend gemacht:

Der Schriftsatz sei vom Verklagten nicht unterschrieben, sondern nur mit drei Kreuzen versehen. Ein Schriftsatz des Verklagten sei derselbe nicht, weil ihm die Unterschrift fehle. Durch den Legalisations-Vermerk des Rechtsanwalts T. könne diese nicht ersetzt werden, da jener Vermerk auch noch neben ihr erforderlich gewesen. Mandatar oder Assistent des Verklagten sei T. nicht gewesen, daß der mit Vollmacht des Verklagten versehene Anwalt des Verklagten in dem Audienz-Termine die Einführungsschrift genehmigt und zu der seinigen gemacht habe, könne hierin nichts ändern, da die Einführungsfrist mit dem 27. Februar 1856 abgelaufen sei, der Audienz-Termin aber nach Ablauf dieser Frist angestanden habe.

Der Verklagte legte die Nichtigkeits-Beschwerde ein und diese ist von dem dritten Senate des Ober-Tribunals für begründet erachtet und durch Erkenntniß vom 21. November 1856 das Appellations-Urtel vernichtet.

Gründe.

Der §. 17. der Verordnung vom 21. Juli 1846 schreibt zwar vor, daß die Einführungsschrift stets schriftlich über-

reicht und nach §. 21. von einem Justiz-Commissar — Rechts-Anwalt — unterzeichnet werden muß. Bei Einführung des Rechtsmittels handelt es sich jedoch nicht um Begründung obligatorischer Rechte und Verbindlichkeiten; der Grund, aus welchem das Gesetz die schriftliche Einführungsschrift und deren Mitunterzeichnung durch einen Rechtsanwalt fordert, liegt vielmehr darin, daß zur weiteren Verhandlung in zweiter oder dritter Instanz eine sichere, den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Unterlage gewährt werden soll. Eben deshalb muß es, um das Rechtsmittel als gehörig eingeführt zu betrachten, genügen, wenn die Ueberzeugung gegeben wird, daß das Rechtsmittel mit und nach dem Willen der Partei eingeführt ist. Diese Ueberzeugung wird aber in dem vorliegenden Falle dadurch gegeben, daß die Einführungsschrift von dem Rechts-Anwalt T. mit vollzogen ist, und diesem in seiner Eigenschaft als Rechts-Anwalt eine vermuthete Vollmacht zur Seite steht. Höchstens hätte daher gefordert werden können, daß T. annoch besondere Vollmacht beibringe. Deren bedurfte es aber in dem vorliegenden Falle deshalb nicht, weil der in zweiter Instanz als Bevollmächtigter des Verklagten aufgetretene, mit gehöriger Vollmacht versehene Rechts-Anwalt M. in dem angestandenen Audienz-Termine die Rechtfertigungsschrift genehmigt und zu der seinigen gemacht hat. Die Sache ist hiernach so anzusehen, als hätte der Rechts-Anwalt M. die Schrift angefertigt und eingereicht. Diese Genehmigung ist zwar nach Ablauf der Einführungsfrist erklärt. Es ist jedoch schon in dem unter dem 13. Juni 1851 ergangenen Erkenntnisse der Grundsatz aufgestellt und gerechtfertigt, daß, wenn die Einführungsschrift rechtzeitig eingebracht ist, das Rechtsmittel deshalb, weil die Vollmacht erst nach Ablauf der Präclusivfrist eingereicht worden, nicht für desert und

unzulässig erachtet werden kann. Dieser Grundsatz muß aber auch für den vorliegenden Fall maaßgebend sein, da eben als Folge der abgegebenen Erklärung die rechtzeitig eingegangene Einführungsschrift als eine solche zu betrachten ist, welche von dem legitimirten Anwalt eingereicht worden und es deshalb nicht darauf ankommen kann, daß er zur Zeit der Einreichung der Schrift mit Vollmacht noch nicht versehen war.

Aus diesen Gründen hat daher der dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf, daß von ihm eine wesentliche Proceßvorschrift nach Art. 3. Nr. 2. der Declaration vom 6. April 1839 verletzt worden, für begründet erachtet, das ergangene Erkenntniß vernichtet und die Sache zur materiellen Entscheidung in die zweite Instanz verwiesen werden müssen.

№ 56.

Einwand der mangelnden Activ-Legitimation in der Nichtigkeits-Beschwerde.

Kann der in den Vorinstanzen vom Confessorien-Verklagten nicht vorgebrachte, und in den Vor-Erkenntnissen nicht zur Entscheidung gezogene Einwand der mangelnden Activ-Legitimation — auf die Behauptung gestützt, daß der Confessorien-Kläger nicht alleiniger Eigenthümer des herrschenden Grundstücks sei — noch in der Nichtigkeits-Beschwerde, vom Verklagten wegen angeblich verletzter Rechtsgrundsätze, geltend gemacht werden?

Verordnung vom 11. December 1833 §. 5.

Declaration vom 6. April 1839 Art. 3. Nr. 1.
A. L. R. Thl. I. Tit. 13. §§. 120. 125., Tit. 17. §. 10 ff.
Tit. 19. §. 10.

Der Bergmann B. hatte gegen den Schuster S. eine Diffamations-Klage angestellt, weil der Letztere, als Besitzer zu 7/8 des sogenannten Bahrenbergs-Kotten, über einen Garten des B. eine von diesem bestrittene Schieb- und Fußwegs-Gerechtigkeit zu haben behauptete. In Folge des in dieser Provocations-Sache ergangenen Erkenntnisses erhob S. gegen B. die confessorische Klage auf Zuerkennung des streitigen Wegerechts über den Garten des Verklagten, welches er durch Verjährung erworben zu haben behauptete. Der Verklagte beschränkte, ohne die Activ-Legitimation des Klägers zu bestreiten, sich auf Einreden, welche gegen den Besitz des Verklagten, sowohl hinsichtlich der Usucapions-Fähigkeit als der Dauer des Besitzes, gerichtet waren.

Nach aufgenommenem Beweise und auf Grund des Beweis-Resultats, erkannte die Kreisgerichts-Deputation zu Hattingen am 24. Mai 1854 dem Kläger die beanspruchte Servitut zu. Auch in der, durch die Appellation des Verklagten betretenen zweiten Instanz, beschränkte sich derselbe, ohne die Legitimation des Klägers anzufechten, auf Beschwerden, welche aus der materiellen Lage der Sache entnommen waren. Das Appellations-Gericht zu Hamm erachtete dieselben für unbegründet und bestätigte durch Urtel vom 3. September 1855 das Erkenntniß erster Instanz.

In der gegen das Appellations-Urtel von dem Verklagten erhobenen Nichtigkeits-Beschwerde, bestritt derselbe dem Kläger auf Grund des Umstandes, daß der Kläger, nach der Feststellung des Appellations-Richters, das herrschende Grundstück, den Bahrenbergs-Kotten, nur zu 7/8 besitze, die

Activ-Legitimation zur Sache, und beschuldigte **deshalb** den Appellations-Richter einer Verletzung des §. 10 ff. A. L. R. Thl. I. Tit. 17. und §. 10. Thl. I. Tit. 19. ebendas.

Durch Erkenntniß des zweiten Senats des **Ober-Tribunals** vom 17. Juli 1856 ist indeß die **Nichtigkeits-Beschwerde** zurückgewiesen, und zwar (mit **Uebergehung** der übrigen, andere Beschwerden betreffenden **Erwägungen**) aus folgenden

Gründen.

Der Implorant beschuldigt den Appellations-Richter einer Verletzung der §§. 10 ff. A. L. R. Thl. I. Tit. 17. und des §. 10. Thl. I. Tit. 19., weil derselbe, obgleich der Kläger nach der Feststellung des Sachverhältnisses, **das** angeblich herrschende Grundstück nur zu 7/8 besitze, den **Kläger** zur Anstellung der confessorischen Klage für legitimirt erachtet habe.

Mit Recht stellt der Implorat diesem Angriffe entgegen, daß derselbe als novum in der Nichtigkeits-Instanz unstatthaft sei. Der Verklagte hat diesen Einwand weder in erster noch zweiter Instanz vorgebracht, eine processualische Verhandlung darüber also ebensowenig, als eine richterliche Entscheidung in den Vorinstanzen stattgefunden; sie gelangt erst in der Nichtigkeits-Instanz zur richterlichen Cognition. Allerdings gehört die Prüfung der Activ-Legitimation zur Sache, insofern dieselbe, bei unangefochtener Feststellung des Sachverhältnisses, sich allein auf die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften zu beschränken hat, zur officiellen richterlichen Function; allein dieser Erwägung gebührt hier kein entscheidendes Gewicht. Die Legitimations-Frage ist hier nicht eine bloße Rechtsfrage; sie wird dieses auch nicht durch die unangefochtene Feststellung, daß der Kläger nur zu 7/8 Besitzer des herrschenden Grundstücks sei; selbst dann

nicht, wenn anzunehmen wäre, daß dieser Besitz allein den Kläger zur Anstellung der Confessorien-Klage nicht legitimire. Denn hätte der Verklagte excipiendo, auf jenes schon in der Klage vom Kläger selbst angeführte Besitzverhältniß gestützt, den Einwand mangelnder Activ-Legitimation vorgebracht, so würde der Kläger im Stande gewesen sein, in der Replik, oder im Laufe des Verfahrens in den Vorinstanzen, die anscheinenden Mängel der Legitimation, sei es durch nachträgliche Vollmacht oder den Nachweis eines Verwaltungsrechts des ⅛ mit dem Ganzen, oder endlich durch die dem Kläger als Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Sache nach §. 120. A. L. R. Thl. I. Tit. 13. zustehende vermuthete Vollmacht zu ergänzen, für deren factische Begründung der Umstand anscheinend zureichendes Material darbot, daß der Kläger die confessorische Klage auf Grund einer wider ihn erhobenen Provocation des Verklagten binnen einer bestimmten Frist anzustellen verurtheilt worden war. Dadurch, daß der Verklagte selbst den Kläger ad agendum provocirt hatte, so wie dadurch, daß der Verklagte den vorgedachten angeblichen Mangel der Legitimation in den Vorinstanzen nicht rügte, auch keiner der Vorderrichter denselben relevirte, Kläger mithin völlig berechtigt war, diesen Punkt seiner Sachlegitimation für erledigt zu halten, beseitigten sich für ihn sowohl die Veranlassung, als auch die Verpflichtung, die noch zu seiner Disposition stehenden factischen Legitimations-Momente zur Geltung zu bringen, — §. 125. A. L. R. Thl. I. Tit. 13. — dieser Punkt also, obgleich wie gezeigt vielfach factischer Erörterung und Entwickelung fähig, ist deshalb, weil Verklagter denselben excipiendo gar nicht contestirt, auch von dem ihm im §. 125. a. a. O. beigelegten Rechte keinen Gebrauch gemacht hat, so zur richterlichen Feststellung gelangt, wie ihn der Kläger

schon in der Klage angegeben; nämlich, daß er den **Kotten** zu 7/8 besitze. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint **also** die erst in der Richtigkeits-Beschwerde vorgebrachte **Rüge** der Activ-Legitimation dem Kläger gegenüber in der **That** als ein unstatthaftes Novum, weil der Richtigkeits-Richter **nicht** über eine durch That- und Rechtsfragen bedingte Controverse erkennen kann, über welche der Implorat **weder** in erster noch in zweiter Instanz gehört, noch erkannt **worden** ist (§. 5. der Verordnung vom 14. December 1833, Art. 3 Nr. 1. der Declaration vom 6. April 1839).

Allein auch abgesehen von der Unstatthaftigkeit des Angriffs entbehrt derselbe auch der Begründung. Der §. 10 ff. A. L. R. Thl. I. Tit. 17. regelt die Rechtsverhältnisse der Theilnehmer unter sich in Bezug auf die gemeinschaftliche Sache. Da der Verklagte nicht zu den Theilnehmern des Bahrenbergs-Kotten gehört, so kann er auch aus jenen Vorschriften für sich keine Rechte ableiten. Der §. 10. A. L. R. Thl. I. Tit. 19. setzt nur fest, daß ein Proceß über ein dingliches Recht auf eine fremde Sache nur mit dem Eigenthümer oder vollständigen Besitzer derselben gültig verhandelt werden kann. Das dingliche Recht des Klägers auf die Sache — das Grundstück — des Verklagten, wird unangefochten gegen diesen als den Eigenthümer und vollständigen Besitzer desselben verfolgt; eine Veranlassnng zu einem die Verletzung des §. 10. a. a. O. rügenden Angriffe, ist also unerfindlich.

№ 57.

Subhastations-Taxe.

In wiefern bedarf es bei der Abschätzung bäuerlicher Grundstücke nicht der Mitwirkung eines vollständig besetzten Dorfgerichts?

A. G. O. Anh. §. 437.

Gesetz vom 15. Juni 1840 (Gesetz-Sammlung S. 131.) §§. 1 ff.

Die im Jahre 1840 für 44 Thlr. 15 Sgr. erkaufte Häuslerstelle des Ernst Z. ist Schulden halber zur nothwendigen Subhastation gestellt, die Taxe dem Dorfgerichte übertragen und von diesem in einem Protocolle vom 5. Juli 1856, welches mit einer eidesstattlichen Versicherung der Richtigkeit und der Unterschrift: „das Ortsgericht John Gr. Scholz. Schmidt" nebst dem Gerichts-Siegel schließt, der Werth auf 205 Thlr. veranschlagt worden. Erinnerungen dagegen sind nicht eingegangen, und nachdem ein Meistgebot von 39 Thlr. erfolgte, ist dafür durch Adjudicatoria des Kreisgerichts zu Sprottau vom 14. November 1846 dem Meistbietenden T. der Zuschlag ertheilt, wobei in den Urtelsgründen bemerkt wird, gegen die durch das Ortsgericht aufgenommene Taxe seien Einwendungen nicht erhoben worden.

Subhastat hat gegen die Adjudicatoria die Richtigkeits-Beschwerde erhoben, weil aus der Taxe nicht erhelle, daß dabei der Scholze, zwei Schöppen und der Gerichtsschreiber mitgewirkt hätten, welche zur Besetzung des Dorfgerichts gehörten, demzufolge aber die Sache so anzusehen sei, als

wäre gar keine Taxe vorhanden. Unter der Behauptung, daß §. 17. Tit. 52. Proc. Ord., §. 348. Nr. 1. Tit. 11. Thl. I. und §. 82. Tit. 7. Thl. II. des A. L. R. verletzt seien, auch wider §. 5. Nr. 10. lit. c. der Verordnung vom 14. December 1833 gefehlt wäre, wurde die Vernichtung der Adjudicatoria und die anderweitige Taxation beantragt. Indessen hat der dritte Senat des Ober-Tribunals mittelst Erkenntnisses vom 19. December 1856 die Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe.

Ließe sich selbst annehmen, daß ein gehörig besetztes Dorfgericht bei der vorliegenden Taxation hätte mitwirken müssen, so würde dennoch die erhobene Beschwerde um deswillen zu keinem Ziele führen, weil daraus, daß ungeeignete oder nicht mehrere Taxatoren bei der Abschätzung zugezogen worden, nicht zu folgern ist, es fehle überhaupt an einer Taxe, der gänzliche Mangel einer solchen aber allein die Verletzung des §. 348. Nr. 1. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. in sich schließt, während die übrigen bei Aufnahme der Taxe zu beobachtenden Vorschriften nur als processualische anzusehen sind. (Vergl. die Zusammenstellung der Grundsätze des Ober-Tribunals über das Subhastations-Verfahren Nr. 10. S. 5—6.) Indessen ist es eine unrichtige Annahme des Imploranten, daß nicht schon die Taxation Seitens des Gerichtsscholzen und eines Schöppen genügt habe. Aus dem Hypotheken-Scheine ergab sich der Werth der in Rede stehenden Häuslerstelle auf 44 Thlr. 15 Sgr. Der Ortsschulze oder die Gerichtsleute konnten daher über Beschaffenheit, Ertrag und Werth derselben entweder vom ordentlichen Richter diensteidlich vernommen werden, oder eine solche Werthschätzung mit der Versicherung der Richtigkeit an Eidesstatt schriftlich einreichen, wie dies im

vorliegenden Falle geschehen ist. Das Eine sowohl, wie das Andere vertritt die Stelle der Taxe, selbst wenn der dadurch ermittelte Werth 500 Thlr. übersteigt. (§. 437. des Anh. zur A. G. O., Ges. Samml. 1840 S. 131. und Justiz-Minist. Blatt. III. S. 152. und XVI. S. 214.)

Daß hiernach von dem Fehlen einer Taxe nicht die Rede sein kann, liegt am Tage und damit zerfällt die erhobene Beschwerde.

№ 58.

Unzulässigkeit der Vertretung Angeklagter durch Personen weiblichen Geschlechts in Untersuchungssachen.

Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 20.
Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 17.

Gegen den Schäfer R. war eine Untersuchung eingeleitet und in zweiter Instanz auf Strafe erkannt. R. legte die Nichtigkeits-Beschwerde ein; in dem zur Anmeldung und Begründung derselben angesetzten Termine erschien R. nicht, statt seiner vielmehr seine mit Vollmacht versehene Ehefrau. Diese Vertretung ward jedoch für unzulässig erkannt und durch Bescheid des Ober-Tribunals, Senat für Strafsachen Abthl. I., vom 15. November 1856

in Erwägung, daß der Angeklagte R. gegen das am 20 September 1856 in seiner Abwesenheit verkündete appel lationsgerichtliche Erkenntniß zwar schon in einer am 2 October beim Kreisgericht zu Glatz eingegangenen Eingab d. d. 26. September das zulässige Rechtsmittel angemel-det hat, daß aber auf dieses Schriftstück, da ihm die vor

schriftsmäßige Legalisation abgeht, weiter nicht zu rücksichtigen ist;

daß sodann der Angeklagte, nachdem ihm am 9. October Ausfertigung des gedachten Erkenntnisses behändigt worden, auf eine gleichzeitig an ihn ergangene **Vorladung** in dem zur Anmeldung der Nichtigkeits-**Beschwerde** bestimmten Termine selbst nicht erschienen ist, statt seiner vielmehr seine mit Vollmacht versehene Ehefrau geschickt hat, welche denn auch die Beschwerdepunkte angegeben und namentlich Beschränkung der Vertheidigung durch Nichtaufnahme des beantragten Entlastungs-Beweises behauptet hat;

in Erwägung, daß nun aber eine Person weiblichen Geschlechts, und wäre es auch die Ehefrau des Angeklagten, nicht für qualificirt erachtet werden kann, als Vertreter aufzutreten, wie sich dieses aus Art. 20. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 ergiebt, welcher sowohl seiner Stellung als seiner Fassung nach, nicht bloß für das Hauptverfahren vor dem erkennenden Gerichte, sondern für das ganze Untersuchungsverfahren maaßgebend ist;

in Erwägung, daß nämlich nach der ausdrücklichen Bestimmung dieses Artikels außer denjenigen, welche als Vertheidiger auftreten können, nur großjährige Männer als Vertreter zugelassen werden dürfen;

daß aber die Zulassung als Vertheidiger nach der ganzen Fassung des Artikels unter Nr. 1. bis 4. wesentlich auf der Voraussetzung einer Rechtskenntniß beruht, wie sie bei Frauenzimmern nie vermuthet werden kann;

daß dieses gerade auch aus dem Schlußsatze des Artikels hervorgeht, welcher selbst solche Personen, welche nach dem Gesetze vermuthete Vollmacht haben, d. h. also vorzugsweise die nächsten Angehörigen, nur dann als

statthafte Vertreter anerkennt, wenn sie männlichen Geschlechts sind;

daß überhaupt die in diesem Schlußsatz enthaltene Beschränkung des Rechts zur Vertretung auch als auf die Vertheidigung bezüglich aufzufassen ist, weil diese an und für sich beschränkenderen Vorschriften unterworfen sein muß, als jene, daher bei der Vertheidigung nicht Kategorieen von Personen zugelassen werden können, denen das Vertretungsrecht versagt ist;

daß hiernach die Ehefrau R. als Vertreterin überhaupt nicht auftreten konnte, und es daher nicht weiter zu untersuchen bleibt, ob im vorliegenden Falle sich R. überhaupt bei Anmeldung und Rechtfertigung der Nichtigkeits-Beschwerde vertreten lassen durfte und ob nicht hier ebenfalls der Art. 23. des angeführten Gesetzes ihm als Verbietungs-Gesetz entgegenstehe;

dahin entschieden:

daß die gegen das Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Breslau vom 20. September 1856 eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen.

№ 59.

Beschränkung der Vertheidigung durch die unterbliebene Mittheilung der Anklageschrift.

Wenn einem verhafteten Angeklagten nicht, wie §. 49. der Verordnung vom 3. Januar 1849 und Art. 64. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 verordnet, vor dem Termine zur Verhandlung der Sache,

die Anklageschrift nebst dem Beschlusse vorgelesen worden ist, so ist darin gemäß des Schlußsatzes des Art. 108. des Gesetzes vom 3 Mai 1852 die Verletzung eines wesentlichen Grundsatzes des Strafverfahrens zu finden, welche, auch wenn sie vom Angeklagten bei der Verhandlung nicht ausdrücklich gerügt worden, dennoch die Vernichtung des ergangenen Erkenntnisses zur Folge haben muß. (Das unter Nr. 123. eingetragene Princip ad §. 78. der Verordnung vom 3. Januar 1849 steht dem obigen Beschlusse nicht entgegen.) Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 210.

Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 49.
Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 64. und 108. in fine.

Gegen den Weber A. war die Anklage erhoben, daß er in der Absicht, sich Gewinn zu verschaffen, von einer falschen Schrift Gebrauch gemacht habe, wie wohl er gewußt, daß die unter der Schrift befindlichen Namensunterschriften falsch seien.

Durch Urtel des Schwurgerichtshofes zu Frankfurt vom 10. Juli 1856 ist auch der Angeklagte wegen wissentlichen Gebrauchs eines falschen Wechsels zur Strafe verurtheilt worden. Der Angeklagte legte gegen diese Entscheidung die Nichtigkeits-Beschwerde ein, indem er behauptete, daß er in dem Rechte der Vertheidigung zur Ungebühr beschränkt worden sei.

In dieser Beziehung ergeben die Acten Folgendes. Nach Eingang des Beschlusses über die Versetzung des Angeklagten in den Anklagestand, und der Anklage, bestellte der

Schwurgerichtshof dem in gefänglicher Haft sich befindenden Angeklagten einen Vertheidiger und lud diesen unter Mittheilung der Anklage zur Audienz vor. Es ist nicht ersichtlich, daß der Angeklagte hiervon benachrichtigt worden sei, eben so wenig, daß zwischen dem Vertheidiger und dem Angeklagten irgend eine Mittheilung stattgefunden habe. Bezüglich auf den Angeklagten war nur angeordnet, daß derselbe in dem angesetzten Termine aus dem Arreste vorzuführen und ihm am Tage vorher ein Verzeichniß der Geschworenen zuzustellen. Auch späterhin bis zum Termine selbst ist dem Angeklagten von dem Inhalte des Anklagebeschlusses und der Anklageschrift keine Kenntniß gegeben und nur erst bei der Hauptverhandlung ward ihm der Inhalt der Anklageschrift durch deren Vorlesung von dem Gerichtsschreiber mitgetheilt. Im Laufe der Verhandlung vor den Geschworenen hat weder der Angeklagte noch dessen Vertheidiger eine Rüge über das stattgehabte Verfahren angebracht.

Die von dem Angeklagten eingelegte Richtigkeits-Beschwerde ward wesentlich darauf gestützt, daß ihm die Anklageschrift nicht rechtzeitig mitgetheilt worden. Dies ist auch für richtig anerkannt und von dem Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen Abth. I., in dem Urtel vom 15. September 1856

in Erwägung, daß zufolge der Vorschrift im §. 49. der Verordnung vom 3. Januar 1849 dem verhafteten Angeklagten vor der Hauptverhandlung die Anklageschrift nebst dem Beschlusse über seine Versetzung in den Anklagestand vorgelesen werden muß;

daß nach Ausweis der Acten weder diese Vorlesung noch eine sonstige Mittheilung jener Schriftstücke an den Angeklagten stattgefunden hat, derselbe vielmehr von de-

ren Inhalt zuerst bei der Verhandlung der Sache vor den Geschworenen in termino den 10. Juli 1856 Kenntniß erlangt hat;

daß der Anklage-Beschluß und die Anklage die Grundlage der darauf folgenden Procedur bilden, deren im §. 49. a. a. O. vorgeschriebene Vorlesung mithin als ein wesentlich nothwendiger Act des Verfahrens erscheint, und zwar um so mehr, als nur durch diese Vorlesung der verhaftete Angeklagte in den Stand gesetzt wird, sich zur Verhandlung der Sache vor den Geschworenen vorzubereiten, und das allegirte Gesetz die Wesentlichkeit der gegebenen Vorschrift dadurch anerkennt, daß es dem Angeklagten selbst eine Frist zur Anbringung seiner Vertheidigungsmittel gestattet;

daß die Nichtbefolgung der Bestimmung des §. 49. a. a. O. mithin die Verletzung einer, gemäß Art. 108. in fine für eine wesentlich zu haltende Proceß-Vorschrift in sich schließt, welche dadurch, daß sie von dem Angeklagten bei dem Verfahren vor den Geschworenen nicht ausdrücklich gerügt worden ist, nicht sanctionirt werden kann;

daß demnach das verkündete Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Frankfurt und die vorangegangene Verhandlung vernichtet, und die Sache gemäß Art. 117 des Gesetzes vom 3. Mai 1852 zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückgewiesen werden mußte;

für Recht erkannt:

daß auf die Nichtigkeits-Beschwerde des Angeklagten das Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Frankfurt vom 10. Juli 1856, ingleichen die Verhandlung von demselben Tage, zu vernichten und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Schwurgericht zu Frankfurt zurückzuweisen.

№ 60.

Beschränkung der Vertheidigung des Angeklagten.

Wenn in der Anklage wegen eines Vergehens oder Verbrechens zur Schilderung des Charakters des Angeklagten der Verdacht, daß derselbe auch ein anderes Vergehen oder Verbrechen, dessen er nicht angeklagt wird, verübt habe, angeregt worden ist, so darf ein Antrag des Angeklagten auf Erhebung eines Beweises zur Widerlegung dieses Verdachts von dem Gerichte nicht lediglich aus dem Grunde abgelehnt werden, weil der Angeklagte dieses letzteren Vergehens oder Verbrechens nicht angeklagt worden. Präjudicien des Senats für Strafsachen Nr. 219.

Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 52.

In der gegen den Steinhauer W. wegen Mordes der Wittwe K. erhobenen Anklage ist zur Schilderung seines Charakters der Verdacht angeregt worden, daß er früher andere Verbrechen verübt, nämlich sein Wohnhaus vorsätzlich angezündet und einen von ihm ausgestellten Wechsel fälschlich eidlich diffitirt habe. Er hat zur Widerlegung dieses Verdachts auf Erhebung eines Beweises angetragen, welchen der Schwurgerichtshof zu Hagen nach seinem, in der Sitzung vom 16. October 1856, verkündeten Beschlusse zu erheben aus dem Grunde abgeschlagen hat, weil der Angeklagte wegen dieser anderen Verbrechen nicht angeklagt worden sei. Die Geschworenen haben hiernächst die ihnen wegen des

Mordes vorgelegte Frage bejaht, und auf Grund dieses Ausspruchs hat der Schwurgerichtshof mittelst Erkenntnisses vom 17. October 1856 den Angeklagten wegen Mordes zum Tode verurtheilt.

Der Angeklagte hat in seiner Nichtigkeits-Beschwerde unter Andern gerügt, daß er durch Zurückweisung des vorgedachten Beweisantrages in seiner Vertheidigung unzuläßiger Weise beschränkt sei; und das Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen II. Abtheilung, hat in der Sitzung vom 11. December 1856

in Erwägung, daß ein in der Anklage angeregter Verdacht: daß Angeklagter früher andere Verbrechen verübt habe, auf die Entscheidung der Geschworenen, ob sie den Angeklagten des jetzt zur Untersuchung gezogenen Verbrechens schuldig halten, einwirken kann;

daß daher die zur Widerlegung desselben beantragte Beweisaufnahme nicht lediglich darum, weil der Angeklagte jetzt dieser früheren Verbrechen nicht angeklagt worden sei, zurückgewiesen werden darf, und daß der nur hierauf gegründete Beschluß des Gerichtshofes die Vertheidigung des Angeklagten unzuläßiger Weise wesentlich beschränkt hat,

das Schwurgerichts-Erkenntniß und daß demselben vorangegangene mündliche Verfahren vernichtet und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Schwurgericht zu Hagen verwiesen.

№ 61.

Ausschließung der Oeffentlichkeit im Untersuchungs-Verfahren.

Wenn in den Fällen des Art. 18. alin. 2. und 19. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 die Oeffentlichkeit des Verfahrens in einer Strafsache ausgeschlossen wird, so muß dies bei Strafe der Nichtigkeit des Erkenntnisses und des demselben vorhergegangenen Verfahrens durch einen, nach Anhörung des Angeklagten und des Staats-Anwalts erlassenen, in öffentlicher Sitzung verkündeten Beschluß geschehen. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 213.

Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 18. und 19.

Der Hausbesitzer Z. zu Sch. ist in der Sitzung des Schwurgerichts zu Naumburg vom 1. Juli 1856 durch den Ausspruch der Geschworenen schuldig erklärt:

am 11. Februar 1856 mit der achtjährigen Emma L. unzüchtige Handlungen vorgenommen zu haben,

worauf der Schwurgerichtshof denselben auf Grund des §. 144. Nr. 3. des Str. G. B. zu einer zweijährigen Zuchthausstrafe verurtheilt hat.

Gegen dieses Erkenntniß legte der Angeklagte die Nichtigkeits-Beschwerde ein. Es ward Verletzung der Art. 18. und 19. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 um deshalb behauptet, weil der Angeklagte nicht in öffentlicher Sitzung gehört, der Beschluß über die Ausschließung der Oeffentlichkeit nicht öffentlich verkündet und von dem Vorsitzenden

des Gerichtshofes nicht unterzeichnet worden sei, was Alles nur durch das Audienz-Protocoll nachgewiesen werden dürfe. In dieser Hinsicht ist aus den Acten folgendes zu bemerken:

Den Acten liegt eine Verfügung des Vorsitzenden vom 30. Juni 1856 bei, nach deren Inhalt zum Zwecke der Beschlußfassung über die Ausschließung der Oeffentlichkeit in der Untersuchungssache gegen Z., der Letztere nach Beendigung der Schwurgerichts-Sitzung vom 30. Juni vorgeführt und der Staats-Anwalt, so wie der Vertheidiger benachrichtigt werden sollte. Letzteres ist geschehen, in Betreff des Z. ging jedoch die Benachrichtigung ein, daß er noch nicht verhaftet sei. Deshalb wurde durch eine Decretur (vom 29. Juni datirt) die erste Verfügung mit dem Bemerken ad acta genommen, daß erst das Erscheinen des Z. abgewartet werden müsse. Sodann liegt eine Notiz des Auscultator R. bei den Acten, des Inhalts, daß vor Beginn der Schwurgerichts-Sitzung in der Untersuchung wider Z. der Staatsanwalt den Antrag gestellt habe, in dieser Sache die Oeffentlichkeit auszuschließen, „welchem Antrage der Schwurgerichtshof stattgab.“ Der Anwesenheit des Angeklagten oder seines Vertheidigers wird darin nicht gedacht, und eben so wenig ist das Actenstück von dem Vorsitzenden des Schwurgerichtshofes unterzeichnet.

Das Protocoll über die Ziehung der Geschworenen ist in öffentlicher Sitzung und zwar in Anwesenheit des Z. aufgenommen; dagegen ist in dem gedruckten Formulare zum Audienz-Protocolle das Wort „öffentliche“ Sitzung durchstrichen; gleichwohl findet sich in dem gedruckten Formulare zum Erkenntniß das Wort: „öffentlicher“ in dem Satz: „nach ꝛc. stattgehabter „öffentlicher“ mündlicher Verhandlung“ nicht durchstrichen; im Uebrigen findet sich im Audienz-Protocolle keine Bemerkung über die Ausschließung der

Oeffentlichkeit, wohl aber constatirt dasselbe, daß der Angeklagte in der gewöhnlichen Weise vernommen wurde, so wie er denn auch in der Voruntersuchung umständlich verhört worden ist.

Die Beschwerde ist auch begründet gefunden und von dem Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen II. Abtheilung, unter dem 15. September 1856

in Erwägung, daß das Princip der Oeffentlichkeit des Verfahrens in Strafsachen sowohl im Art. 93. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850, als auch im §. 14. der Verordnung vom 3. Januar 1849 sanctionirt und in dem Letzteren insbesondere bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, daß der Fällung des Urtheils ein mündliches öffentliches Verfahren vor dem erkennenden Richter vorausgehen solle;

daß zwar die Verfassungs-Urkunde und die Art. 18. nnd 19. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 die Fälle vorsehen, in denen die Oeffentlichkeit mit Rücksicht auf die öffentliche Ordnung und die guten Sitten ausgeschlossen werden kann, eine solche Ausnahme aber nur dann zulassen, wenn sie im concreten Falle durch einen förmlichen gerichtlichen, öffentlich verkündigten Beschluß statuirt werden muß;

daß insbesondere der Art. 19. a. a. O. verfügt, daß ein solcher öffentlich zu verkündigender Beschluß nicht anders, als nach Anhörung des Angeklagten erlassen werden soll;

daß der Angeklagte, auf dessen Interesse das Princip der Oeffentlichkeit wesentlich mit beruht, unzweifelhaft befugt ist, zu verlangen, daß er zu der Verhandlung über die Ausschließung der Oeffentlichkeit zugezogen und dabei mit seinen Anträgen gehört werde;

daß in dem vorliegenden Falle ein förmlicher gerichtlicher Beschluß über die Ausschließung der Oeffentlichkeit des Verfahrens nicht vorliegt, sondern nur eine von einem als Gerichtsschreiber zugezogenen Auscultator unterzeichnete Notiz hierüber;

daß aber selbst nicht einmal aus dieser Notiz und eben so wenig aus dem Audienz-Protocolle zu ersehen ist, ob der Angeklagte oder auch nur dessen Vertheidiger zu der desfallsigen Verhandlung zugezogen, noch weniger aber, ob der Beschluß in öffentlicher Sitzung verkündet worden ist,

daß daher bei der Verhandlung vor dem erkennenden Richter, welche nach Inhalt des Audienz-Protocolls in nicht öffentlicher Sitzung stattgefunden hat, die Nichtbeobachtung der im §. 14. der Verordnung vom 3. Januar 1849 unter Androhung der Strafe der Nichtigkeit enthaltenen Vorschrift, in einer den Gesetzen entsprechenden Weise nicht justificirt, und dadurch eine, im Sinne des Art. 108. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 so wesentliche processualische Vorschrift verletzt worden ist, daß die Vernichtung des Verfahrens und des darauf ergangenen Urtels erfolgen muß,

dahin erkannt:

daß das Erkenntniß des Schwurgerichtshofes zu Naumburg vom 1. Juli 1856, nebst dem vor dem Schwurgerichtshofe stattgehabten mündlichen Verfahren zu vernichten, und die abermalige Verhandlung und Entscheidung der Sache an das Schwurgericht daselbst zurück zu verweisen.

№ 62.

Eidesform der Geschworenen, welche nicht der christlichen Religion zugethan sind.

Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 73.

Manasse M. ist am 15. September 1856 bei dem Schwurgerichte zu Berlin von den Geschworenen schuldig befunden, mit mehr als sieben Stimmen, am 31. December 1855 dem Leihbibliothekar H. aus seiner Wohnung mehrere demselben zugehörige Sachen in der Absicht rechtswidriger Zueignung weggenommen zu haben und zwar

a. mittelst Eröffnung einer im Innern des Gebäudes befindlichen verschlossenen Küchenthür und eines in der Wohnstube befindlichen verschlossenen Schrankes durch nicht für die Schlösser bestimmte Schlüssel

b. in Gemeinschaft mit einem Anderen in einem bewohnten Gebäude.

Das Schwurgericht hat ihn darauf wegen schweren Diebstahls im dritten Rückfalle zu acht Jahren Zuchthaus und zehn Jahren Stellung unter Polizei-Aufsicht verurtheilt.

Der Angeklagte legte gegen diese Entscheidung die Nichtigkeits-Beschwerde ein und rügte unter Mehreren auch, daß die unter den Geschworenen befindlichen Juden nicht nach jüdischem Gebrauche vereidet worden. Durch das am 5. November 1856 bei dem Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen Abtheil. I. ergangene Erkenntniß ist, jedoch die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen und in Beziehung auf den aufgestellten Nichtigkeits-Grund geltend gemacht:

daß Art. 73. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 Eine Eidesform für alle Geschworenen ohne Unterschied der Religion vorgeschrieben hat und nur den Mitgliedern

von Religionsgesellschaften, welchen das Gesetz gewisse Betheuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, sich derselben zu bedienen gestattet;

daß kein Grund abzusehen, warum die etwa unter den Geschworenen befindlichen Juden den Eid des Art. 73. nicht leisten dürften, ein Antrag auf den Gebrauch einer besonderen Eidesformel von ihnen aber nicht gemacht ist. —

№ 63.

Einlegung der Richtigkeits-Beschwerde im Straf-Processe.

Ein nicht verhafteter Verurtheilter, welcher binnen zehn Tagen, nach Empfang der Ausfertigung des Urtels, gegen dasselbe die Richtigkeits-Beschwerde beim Gerichte zu Protocoll nur angemeldet und dabei die Angabe der Beschwerdepunkte bis zu einer über den Ablauf der zehn Tage hinausgehenden Zeit vorbehalten, oder um Bewilligung einer über diesen Ablauf hinausgehenden Frist zu dieser Angabe gebeten hat, ist, auch wenn er von dem aufnehmenden Beamten nicht sofort zu Protokoll über die Unzulässigkeit solchen Vorbehalts oder Gesuches bedeutet worden ist, nach Ablauf jener zehn Tage mit der Angabe seiner Beschwerdepunkte nicht mehr zu hören. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 206.

Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 110—113.
Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 24.

Die Frage, in wie fern die zum Theil vorgeschriebene Mitwirkung des Richters bei der Einlegung des Rechtsmittels der Nichtigkeits-Beschwerde, von Einfluß sein könne auf die Präclusivkraft der für diese Beschwerde vorgeschriebenen Fristen, wie weit also die Amtspflicht des Richters bei dieser Mitwirkung anzunehmen sei, und eine Versäumniß derselben die Präclusivkraft aufheben könne, ist bereits mehrmals erwogen worden. In Betreff des verhafteten, also in der Verfügungs-Gewalt des Richters befindlichen Angeklagten ist übereinstimmend angenommen worden, daß, sobald derselbe rechtszeitig seinen Willen erklärt, die Nichtigkeits-Beschwerde einlegen zu wollen, die rechtzeitige Aufnahme der Rechtfertigung derselben Amtspflicht des Richters sei, daß also eine Versäumniß desselben in dieser Hinsicht den Angeklagten des Rechtsmittels nicht verlustig machen könne.

In Betreff des nicht verhafteten Angeklagten dagegen, welcher volle Freiheit hat, die vorgeschriebenen Formen und Fristen zu beobachten, und zwischen den im Gesetze bezeichneten Wegen, das Rechtsmittel anzumelden und zu rechtfertigen, willkürlich wählen kann, ist dies zweifelhafter.

In der Untersuchung wider den Tuchmacher W. war dem Angeklagten das in seiner Abwesenheit publicirte Erkenntniß des Appellations-Gerichts am 7. Februar in Ausfertigung behändigt worden. Er hatte dagegen am 17. Februar die Nichtigkeits-Beschwerde zu Protocoll angemeldet, ohne die Beschwerdepunkte anzugeben, und sich nur vorbehalten, die Nichtigkeits-Beschwerde demnächst einzureichen. Die von der Behändigung der Erkenntniß-Ausfertigung nach Art. 110. Abs. 3. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 zugleich für die Anmeldung und für die Angabe der Beschwerdepunkte gegebene 10tägige Frist lief mit dem 17. Februar ab, und mittelst Verfügung vom 18. Februar hatte

daher das Kreisgericht, da keine Angabe der Beschwerdepunkte eingegangen war, den Angeklagten mit seiner Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen. Auf seine hierüber geführte Beschwerde hat die erste Abtheilung des Senats für Strafsachen beim Ober-Tribunal, die gedachte Verfügung des Kreisgerichts vom 18. Februar 1855 mittelst Beschlusses vom 28. März 1855 aufgehoben und angeordnet, daß der Angeklagte noch mit der Angabe seiner Beschwerdepunkte zu hören sei, zu welchem Ende das Kreisgericht einen Termin anzuberaumen und demnächst das weitere Verfahren einzuleiten habe, und zwar:

weil es Pflicht des die Verhandlung vom 17. Februar aufnehmenden Beamten gewesen wäre, den Angeklagten zu Protocoll zu bedeuten, daß er zur Wahrnehmung des Rechtsmittels dasselbe nicht bloß anzumelden, sondern durch Angabe der Beschwerdepunkte zugleich zu rechtfertigen habe, und daß der Vorbehalt, die Nichtigkeits-Beschwerde demnächst einzureichen, keine Wirkung habe, und weil die nachträgliche Anzeige des protocollirenden Beamten vom 20. Februar, daß er dem Angeklagten diese Belehrung mündlich wirklich ertheilt habe, das bei Aufnahme der Verhandlung vorgekommene Versehen nicht beseitige.

Neuerlich nun lag folgender Fall vor. Die Ausfertigung des Appellations-Urtels war dem bei dessen Publication nicht anwesend gewesenen Angeklagten am 13. März behändigt. Die zehntägige präclusivische Frist für die Anmeldung und Rechtfertigung der Nichtigkeits-Beschwerde lief daher nach Art. 110. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 am 23. März ab. Am 22. März (einem Sonnabend) meldete hierauf der Angeklagte die Beschwerde ohne alle Angabe von Beschwerdepunkten mit der Bitte an, ihm zur Einreichung der Rechtfertigung eine 14tägige Frist zu bewilligen. Nach-

dem nun bis zum folgenden Tage (23.) eine Rechtfertigung nicht eingegangen war wies das Kreisgericht die Nichtigkeits-Beschwerde als desert zurück.

Die hierüber von dem Angeklagten erhobene Beschwerde lag der zweiten Abtheilung des Senats für Strafsachen beim Ober-Tribunal zur Entscheidung vor und diese beschloß die Zurückweisung derselben. Da diese Zurückweisung jedoch in principiellem Widerspruch mit jenem obengedachten Beschlusse der ersten Abtheilung vom 28. März 1855 war, so wurde die Entscheidung der Sache an das Plenum des Senats gewiesen und hier die Frage dahin gestellt:

ob ein Verurtheilter, welcher binnen 10 Tagen nach Empfang der Ausfertigung des Urtels, gegen dasselbe die Nichtigkeits-Beschwerde beim Gerichte zu Protocoll nur angemeldet und dabei die Angabe der Beschwerdepunkte sich bis zu einer über den Ablauf der 10 Tagen hinausgehenden Zeit vorbehalten, oder um Bewilligung einer über diesen Ablauf hinausgehenden Frist zu dieser Angabe gebeten hat, ohne von dem aufnehmenden Beamten über die Unzulässigkeit solchen Vorbehalts oder Gesuches belehrt worden zu sein, nach Ablauf jener 10 Tage noch mit der Angabe seiner Beschwerdepunkte zu hören sei?

Das Plenum des Senats für Strafsachen hat diese Frage verneint und daher durch Beschluß vom 16. Juni 1856 die erhobene Beschwerde zurückgewiesen und zwar

in Erwägung, daß eine Ausfertigung des Appellations-Erkenntnisses vom 14. Februar 1856 dem bei dessen Publication nicht anwesend gewesenen Angeklagten am 13. März behändigt worden, die im Art. 110. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 Absatz 3. sowohl zur Anmeldung der Nichtigkeits-Beschwerde als zur Angabe der Beschwerde-

Punkte bewilligte zehntägige Frist also mit dem 23. März ablief;

daß der nicht verhaftete Angeklagte am 22. März (einem Sonnabende), also dem letzten Werktage der laufenden Frist bei der Gerichts-Deputation zu Wolmirstedt die Nichtigkeits-Beschwerde ohne Angabe von Beschwerdepunkten zu Protocoll angemeldet und dabei gebeten hat, ihm zur Einreichung der Nichtigkeits-Beschwerde eine vierzehntägige Frist zu bewilligen;

daß die im Art. 110. vorgeschriebene zehntägige Frist präclusivisch ist, auch nicht, wie die im §. 129. der Verordnung vom 3. Januar 1849 zur Rechtfertigung der Appellation vorgeschriebene präclusivische Frist, vom Gerichte verlängert werden kann, eben so wenig auch nach Ablauf derselben dem Ober-Tribunale gestattet ist, nach Analogie der für die Appellations-Rechtfertigung im Art. 104. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 gegebene Vorschrift die Nichtigkeits-Beschwerde aus besonderen Gründen noch zuzulassen;

daß der am letzten Werktage der zehntägigen Frist vom Angeklagten zu Protocoll genommene Antrag auf Bewilligung einer vierzehntägigen Frist also unzulässig war, und daß der aufnehmende Beamte dies dem Angeklagten hätte bedeuten und von ihm entweder die Beschwerdepunkte sich sofort hätte zu Protocoll angeben lassen, oder, wenn dieser dazu nicht geneigt war, die Bedeutung: daß und warum sein Antrag unzulässig sei, hätte zu Protocoll nehmen sollen;

daß er keines von Beiden gethan, sondern nur den unzulässigen Antrag zu Protocoll genommen hat;

daß mit Rücksicht auf einen bei der ersten Abtheilung des Senats für Strafsachen früher entschiedenen ähnlichen

Fall, wo der Angeklagte gleichfalls am letzten Tage der zehntägigen Frist die Nichtigkeits-Beschwerde ohne Angabe von Beschwerdepunkten angemeldet und sich die spätere Einreichung der Nichtigkeits-Beschwerde nur vorbehalten hatte, der Senat zur Plenarberathung der Frage, welchen Einfluß dergleichen ungenügende protocollarische Aufnahmen auf das Präclusivische der Frist äußern können, zusammengetreten ist;

in Erwägung, daß wesentlich abweichend von den Grundsätzen der Criminal-Ordnung §§. 515. 518. 520.

1) der §. 24. der Verordnung vom 3. Januar 1849 vorschreibt:

   Einer Belehrung des Verurtheilten über die ihm zustehenden Rechtsmittel bedarf es nicht;

2) die §§. 126. 129. 143. ebendas. und der an Stelle des Letzteren getretene Art. 110. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 für die Einlegung und Rechtfertigung der Rechtsmittel präclusivische Fristen vorgeschrieben haben, und insbesondere für die Rechtfertigung der Nichtigkeits-Beschwerde nach dem Obigen von diesem präclusivischen Charakter der Frist das Gesetz keine Modification gestattet hat;

3) der Art. 110. die gehörige Anbringung sowohl der Anmeldung als der Rechtfertigung der Nichtigkeits-Beschwerde dem Angeklagten überläßt, indem danach dieselbe schriftlich, und zwar in einer gehörig legalisirten Schrift geschehen muß, doch auch zu Protocoll vom Angeklagten erklärt werden kann, zu dessen Aufnahme die Mitwirkung eines Richters nicht erforderlich ist;

daß nach dem Allen es nach der jetzigen Gesetzgebung lediglich Sache des Angeklagten ist, die Anmeldung sowohl als die Rechtfertigung der Nichtigkeits-

Beschwerde zur rechten Zeit in der gehörigen **Form**, und was die Rechtfertigung betrifft, mit solchem **Inhalte**, als die Art. 107. 108. 111. erfordern, anzubringen, **und** daß, wenn er das Eine oder Andere nicht gehörig **gethan** hat, ihn der Verlust des Rechtsmittels oder dessen **Zurückweisung** nach Art. 112. und 113. a. a. O. treffen **soll**;

daß allerdings, wenn ein Angeklagter den **richtigen** Weg zur Anbringung beschritten und auf **demselben** Das, was in seiner Macht stand, gethan, das **Gericht** aber nun durch seine Schuld es ihm unmöglich **gemacht** hat, auf diesem richtigen Wege seine Beschwerde **zeitig** anzubringen, eine solche vom Gericht ausgehende **Hinderung** ihm das Rechtsmittel nicht nehmen kann; daß also z. B. wenn ein verhafteter Angeklagter, der zur Anbrigung der Nichtigkeits-Beschwerde sich zeitig gemeldet hat, nicht zeitig Behufs Anbringung der Anmeldung oder der Angabe der Beschwerdepunkte zu Protocoll vernommen worden ist, wenn ein auch nicht verhafteter Angeklagter zeitig die Nichtigkeits-Beschwerde angemeldet und dabei gebeten hat, zur Aufnahme der Nichtigkeits-Beschwerde einen Termin anzusetzen, dies aber, obwohl es noch anging, nicht innerhalb der präclusivischen Frist geschehen ist, — die Anbringung nach Ablauf der Frist noch zugelassen werden muß;

daß aber darin, daß ein nicht verhafteter Verurtheilter, welcher binnen zehn Tagen nach Empfang der Ausfertigung des Urtels gegen dasselbe die Nichtigkeits-Beschwerde beim Gerichte zu Protocoll nur angemeldet und dabei die Angabe der Beschwerdepunkte bis zu einer über den Ablauf der zehn Tage hinausgehenden Zeit sich vorbehalten oder um Bewilligung einer über diesen Ablauf hinausgehenden Frist gebeten hat, von dem aufnehmenden Beamten

nicht sofort zu Protocoll über die Unzulässigkeit solchen Vorbehalts oder Gesuchs bedeutet worden ist, keine vom Gericht ausgehende Hinderung des Angeklagten, auf einem von ihm beschrittenen richtigen Wege die Angabe der Beschwerdepunkte zeitig anzubringen, liegt, vielmehr nur gesagt werden kann, daß das nobile officium judicis nicht genügend wahrgenommen worden ist, hiervon aber die vom Gesetze vorgeschriebene präclusivische Kraft der Fristen nicht abhängen kann;

in Erwägung, daß hiernach die Kreisgerichts-Deputation zu Wolmirstedt in Gemäßheit des Art. 112. a. a. O. mit Recht mittelst Verfügung vom 30. März die Nichtigkeits-Beschwerde des Angeklagten, weil die Anmeldung nicht bis zum 23. März durch Angabe der Beschwerdepunkte vervollständigt worden, zurückgewiesen hat, die über diese Verfügung vom Angeklagten erhobene Beschwerde also unbegründet ist.

№ 64.

Appellation in Injurien-Sachen.

Der Plenar-Beschluß des Ober-Tribunals vom 6. December 1847 — Präjudiz Nr. 1947 —

daß das Rechtsmittel der Appellation nicht gewahrt sei, wenn die Anmeldung und Einführung resp. Rechtfertigung in einer und derselben Schrift cumulirt, die Einführung resp. Rechtfertigung also nicht in besonderer Schrift an das Appellations-Gericht gelangt ist,

findet auch auf die Civilprocesse wegen Beleidigung und leichter Mißhandlung, deren Entscheidung demnächst durch den Strafrichter erfolgt, Anwendung. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 218.

Gesetz vom 21. Juli 1846 §§. 15 ff.
Gesetz vom 11. März 1850 §§. 6. 8.
Verordnung vom 3. Januar 1849 §§. 128 ff.
Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 103. 105.

Die §§. 15 ff. des Gesetzes vom 21. Juli 1846 über das Verfahren in Civilprocessen schreiben vor:

a. daß die Appellation bei dem Gerichte erster Instanz anzumelden ist,
b. daß demnächst die Einführung und Rechtfertigung dieser Appellation bei Verlust des Rechtsmittels binnen der vorgeschriebenen Frist schriftlich bei dem Appellations-Gerichte erfolgen muß.

In Beziehung hierauf hat das Plenum des Ober-Tribunals am 6. December 1847 folgendes Präjudiz gefaßt:

Die Anmeldung des Rechtsmittels der Appellation darf nicht mit der Rechtfertigung in einer und derselben Schrift cumulirt werden. Ist solches dennoch geschehen, so wird das Rechtsmittel nicht gewahrt, wenn auch diese Anmeldungs- und Rechtfertigungs-Schrift durch das Gericht erster Instanz noch innerhalb der zur Einführung geordneten Frist an das Gericht höherer Instanz gelangt ist. Ist dagegen außer der Anmeldung eine besondere Rechtfertigungs-Schrift dem Gericht erster Instanz übergeben, und von demselben innerhalb der zur Einführung bestimmten Frist an das Gericht höherer Instanz befördert worden, so kann der Umstand allein, daß die Ein-

führung bei dem höheren Richter nicht unmittelbar von der Partei geschehen, die Zulassung des Rechtsmittels nicht hindern.

Es ist nun bei dem Senat für Strafsachen mehrmals in Frage gekommen, ob jene Vorschriften und dieses Präjudiz auch auf die im Wege des Civilprocesses instruirten Processe wegen Beleidigungen und leichter Mißhandlungen, deren Entscheidung durch den Strafrichter erfolgt, in dem Maaße Anwendung finde, daß auch hier der Verlust des Rechtsmittels eintritt, wenn zwar die in gehöriger Form, also durch einen Rechtsverständigen concipirt oder legalisirt, abgefaßte Anmeldungs-Schrift zugleich die vollständige Rechtfertigung der Appellations-Beschwerde enthält und in dieser Form von dem Gerichte erster Instanz dem Appellations-Gerichte überreicht wird, bei diesem jedoch innerhalb der vorgeschriebenen Fristen eine besondere Einführungs- und Rechtfertigungs-Schrift nicht eingereicht wird.

Der frühere fünfte Senat hat diese Frage verneint und in dem Urtel vom 10. September 1852 das die Appellation zurückweisende Appellations-Urtel vernichtet und auf Zulassung des Appellanten zur Appellation erkannt, aus folgenden Gründen:

in Erwägung, daß die, in einem Schriftsatze enthaltene, Anmeldung und Rechtfertigung der Appellation des Klägers sowohl bei dem ersten als bei dem Appellations-Richter rechtzeitig eingegangen sind;

daß die §§. 15. bis 18. der Verordnung vom 21. Juli 1846 nicht ausdrücklich bestimmen, daß das eingelegte Rechtsmittel der Appellation bei Verlust desselben in besonderen, resp. für den ersten und den Appellations-Richter bestimmten Schriftsätzen angemeldet und gerechtfertigt, resp. eingeführt werden muß;

daß die etwaigen Zweifel hierüber aus den Vorschriften über das Untersuchungs-Verfahren — der Verordnung vom 3. Januar 1849 und dem Gesetze vom 3. Mai 1852 — zu lösen sind, weil die Injurien-Processe gleichfalls ein Strafverfahren zum Gegenstande haben, in welchem der Kläger der Ankläger ist, in welchem nur über die Schuld oder Nichtschuld des Verklagten, resp. über die Höhe der ihn treffenden Strafe zu erkennen ist, und weil das Verfahren in Injurien-Processen durch das Gesetz vom 11. März 1850 §§. 6. und 8. Modificationen erlitten hat, welche aus der Verordnung vom 3. Januar 1849 — §. 126. — entnommen und in dem Gesetze vom 3. Mai 1852 Art. 101. bis 103. bestätigt worden sind;

daß nach §. 128 ff. der Verordnung vom 3. Januar 1849 und Art. 105. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 das Rechtsmittel der Appellation zugelassen und das Verfahren in zweiter Instanz eingeleitet werden muß, wenn rechtzeitig, in der vorgeschriebenen Form die Anmeldung des Rechtsmittels und die Beschwerden des Appellanten zur Kenntniß des Richters gelangen, welcher die Instruction des Rechtsmittels bis zur öffentlichen Verhandlung zu leiten hat;

daß wenn auch die §§. 15—18. der Verordnung vom 21. Juli 1846 durch den Plenarbeschluß vom 6. December 1847 für reine Civilprocesse eine andere Auslegung erhalten haben, doch bei Abfassung jenes Beschlusses nicht zur Erwägung gekommen ist, ob derselbe auch auf Injurien-Processe Anwendung finden soll, weil die Rüge der Injurien erst durch die Verordnung vom 18. December 1848 zum Civilprocesse verwiesen ist, und die vorstehenden Erwägungen auf Gesetzen beruhen, welche nach der Abfassung des Plenarbeschlusses ergangen sind und,

wie gezeigt, das Verfahren in Injurien-Sachen wesentlich modificiren und dem Untersuchungs-Verfahren anpassen;

daß der Appellations-Richter daher, weil er ein gesetzlich zulässiges Rechtsmittel für unstatthaft erklärt, die wesentliche Proceß-Vorschrift Art. 3. Nr. 2. der Declaration vom 6. April 1839 verletzt hat.

In einer neueren im Wege der Beschwerde zur Entscheidung der ersten Abtheilung des Senats für Strafsachen gelangten Injurien-Sache, in welcher man gleichfalls rechtzeitig beim Gericht erster Instanz Appellation angemeldet, die Anmeldungsschrift aber zugleich die Rechtfertigung enthalten hatte, war wiederum wegen mangelnder besonderer beim Appellations-Gericht eingereichter Rechtfertigungs-Schrift das Rechtsmittel zurückgewiesen.

Die Frage:

ob das eben gedachte Präjudiz des Plenums des Ober-Tribunals vom 6. December 1847 auch auf Injurien-Sachen speciell anwendbar sei, oder ob diese Sachen eine besondere und abweichende processualische Behandlung erfordern?

ist nunmehr von der ersten Abtheilung zur Entscheidung des Plenums des Senats für Strafsachen gewiesen. Dieses hat in seiner Sitzung vom 29. September 1856 die erstere Alternative bejaht, und also das in der Ueberschrift enthaltene Präjudiz beschlossen. Denn, so ist hier ausgeführt worden, der Umstand, daß das gedachte Präjudiz vom 6. December 1847 vor dem Erlaß des Gesetzes vom 11. März 1850, und vor der Verordnung vom 3. Januar 1849 und dem Gesetze vom 3. Mai 1852 ergangen, sei gleichgültig, weil diese Gesetze für die im Civilprocesse zu verhandelnden und nur durch den Strafrichter zu entscheidenden Injurien-Sachen solche Modificationen in keiner Art enthalten, welche

der Anwendbarkeit des für alle, nach der Verordnung vom 21. Juli 1846 zu verhandelnden Civilprocesse, beschlossenen Präjudizes entgegenstehen könnten. Dahin sei namentlich die im Art. 103. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 enthaltene Modification:

> daß nämlich die Bestimmungen des Art. 101. im zweiten und dritten Absatze und des Art. 102. des Gesetzes vom 3. Mai 1852 auch bei Ehrverletzungen und leichten Mißhandlungen, welche im Wege des Civilprocesses verhandelt werden, Anwendung finden sollen,

zu rechnen, weil sie die Förmlichkeiten der Appellations-Anmeldung und resp. Rechtfertigung nicht berühre.

Die Beschwerde in der vorliegenden Sache ist daher zurückgewiesen, weil die Einführung und Rechtfertigung der Appellation innerhalb der gesetzlichen Frist bei dem Appellations-Gerichte nicht bewirkt sei, dieselbe aber mit der bei dem Gerichte erster Instanz bewirkten Anmeldung in einer und derselben Schrift nicht verbunden werden könne.

№ 65.

Unzulässigkeit der selbstständigen Veräußerung von Brau-, Brenn-, Schank- und Krugverlags-Gerechtigkeiten.

Edict wegen der Mühlengerechtigkeit und Aufhebung des Mühlenzwangs, des Bier- und Branntweinzwangs in der ganzen Monarchie vom 28. October 1810 (Ges. Samml S. 95.) §. 1.

Edict über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer

vom 2. November 1810 (Gesetz-Sammlung S. 79.) §§. 1. 2. 31.

Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe vom 7. September 1811 (Gesetz-Sammlung S. 263.) §§. 32 ff. 52. 53. 54.

Gesetz betreffend die Ablösung der Reallasten u. s. w. vom 2. März 1850 (Ges. Samml. S. 77.) §. 6.

Gesetz über die Errichtung von Rentenbanken vom 2. März 1850 (Ges. Samml. S. 112.) §. 18.

Die Gutsherrschaft der Dörfer R. und T. hat das ihrem Gute zustehende Bier- und Branntwein-Urbar besage Verschreibung vom 6 April 1773 an den Erbrichter H. zu T. dergestalt erblich überlassen, daß ihm — wie es in der Urkunde heißt — der Bier- und Branntwein-Verlag und Ausschank auf beide Dörfer ohne Jemandes Hinderniß eingeräumt und die Unterthanen dieser Dörfer angewiesen worden, nirgendwo, als bei dem H. das Bier und den Branntwein, unter willkürlicher Strafe und Verlust des eingeführten fremden Getränks, abzunehmen. Auch ist ihm freigegeben, Schänken, wo er es in beiden Dörfern für dienlich findet, anzustellen, ohne Schänkenzins zu geben. Dagegen hat sich der H. für sich, seine Erben und Nachkömmlinge verbindlich gemacht, außer einem früheren Kretschamzins von 4 Gulden, alljährlich 200 Gulden Rheinisch, als einen beständigen Zins, an die Gutsherrschaft zu zahlen. Nach der Verhandlung des Fürstenthums-Gerichts zu Leobschütz vom 29. April 1819 sind der Besitzer der Erbrichterei zu T., Aloys S., und ein Vertreter der Gutsherrschaft erschienen, haben die Verschreibung vom 6. April 1773 producirt, als Erbpacht-Contract benannt und anerkannt, um gerichtliche Bestätigung und Ab- und Zuschrei-

bung und Eintragung des Bier- und Branntwein-Urbars in den Hypothekenbüchern nachgesucht, auch eine Confirmation vom 5. September 1820 erhalten. Desgleichen ist auch im Hypothekenbuche von T. ein besonderes Folium angelegt für „das von den Gütern R. und T. veräußerte Bier- und Branntwein-Urbar" und sub. rubr. II. Nr. 1. der Zins von 166 Thlr. 16 Sgr. oder 200 Gulden Rheinisch für die Grundherrschaft von Amtswegen eingetragen, auch in ihrem Hypothekenbuche das gedachte Urbar abgeschrieben.

Der Vormund des Heinrich S., Sohnes und Nachfolgers des Alois S., hat schon gegen den Besitzer der Güter früher einen Proceß angestrengt, die Aufhebung der Abgaben von 4 Gulden und 200 Gulden auf Grund der allgemeinen Gewerbefreiheit und der Gesetze vom 2. November 1810 und vom 7. September 1811 behauptet und beantragt: den Verklagten für nicht berechtigt zu erklären, fernerhin gedachte Zinsen von 204 Gulden Rheinisch von seinem Curanden oder dessen Besitznachfolgern zu fordern. Aber im Erkenntnisse vom 16. Mai 1843 hat der erste Senat des Oberlandes-Gerichts zu Ratibor erkannt:

> daß Verklagter resp. die verklagte Gutsherrschaft für nicht berechtigt zu erachten, vom Kläger, als Besitzer der Erbscholtisei zu T., und dessen Nachfolgern, ferner den jährlichen Kretschamzins von 4 Gulden Rheinisch zu fordern, dagegen Kläger mit dem gleichzeitigen Antrage auf Befreiung von dem anderen, jährlich mit 200 Gulden Rheinisch, zu zahlenden Zinse abzuweisen.

Der Richter hat aus dem Inhalte der Urkunde den Zins von 4 Gulden für einen reinen Gewerbezins geachtet, aber die Abgabe von 200 Gulden nicht für eine Gewerbeabgabe, sondern nur für das Aequivalent einer veräußerten guts-

herrlichen Gerechtsame erklärt. Dies Erkenntniß ist auch durch das Appellations-Urtel des zweiten Senats des Oberlandes-Gerichts zu Ratibor vom 3. Mai 1844 bestätigt und im Erkenntnisse des Geheimen Ober-Tribunals vom 10. Februar 1845 sind die Nichtigkeits-Beschwerden zurückgewiesen. —

In der vor der General-Commission zu Breslau verhandelten Ablösung der Reallasten zu T. ist nun auch von der Gutsherrschaft auf Ablösung des auf dem mehrgedachten Bier- und Branntwein-Urbar haftenden Zinses von 200 Gulden Rheinisch, durch Vermittelung der Rentenbank provocirt. Inzwischen hat jedoch der Erbrichterei-Besitzer Heinrich S. mittelst Notariats-Urkunde vom 23. November 1851 an den Lohndiener Johann B. aus Ratibor, das ihm gehörige herrschaftliche Brau-Urbar zu T. mit dem Bier- und Branntwein-Verlage zu R. und T., zu welchem weder Gebäude noch irgend ein liegendes Grundstück gehören, verkauft, aber statt des Kaufgeldes ist bloß die Uebernahme des herrschaftlichen Zinses erfolgt. Es ist auch auf den Grund dieses Kaufcontracts der Besitztitel für den B. ex decr. vom 20. Januar 1852 eingetragen und, da der Lohndiener B. im Laufe des Verfahrens verstorben, so sind seine Wittwe und Kinder als Erben an seine Stelle als Provocaten eingetreten.

Zur Rechtfertigung der Provocation auf Ablösung ist behauptet: das laut Vertrags vom 6. April 1773 von der Gutsherrschaft veräußerte Bier- und Branntwein-Urbar bestehe in der Befugniß, Bier und Branntwein zum Verkaufe zu verfertigen, in dem Krugverlagsrechte in Beziehung auf die Dörfer R. und T. und in dem Rechte die Consumenten dieser Orte zu zwingen, ihren Bedarf vom Besitzer des Urbars zu entnehmen. Nur dieses letztere Zwangsrecht sei

gesetzlich aufgehoben, die übrigen Gerechtsame seien nach den bestehenden Gesetzen unberührt geblieben. Eine solche Gerechtigkeit werde, auch ohne Verbindung mit dem Besitze eines Grundstücks, für ein selbstständiges Besitzthum geachtet und in den Gesetzen als Immobile angesehen, welches ein Folium im Hypothekenbuche erhalten müsse. Der Zins von 200 Gulden sei daher eine Reallast, deren Entrichtung die Provocaten sich nicht entziehen könnten, weil nicht nur der Erblasser derselben für solche die Gerechtigkeit erkauft habe, sondern auch sein Vorbesitzer mit dem Antrage auf Befreiung rechtskräftig abgewiesen sei.

Diese Behauptungen haben die Provocaten bestritten, auf Abweisung der Provocation angetragen, die Existenz einer, einem Immobile gleichzuachtenden Gerechtigkeit und mithin das Vorhandensein irgend einer abzulösenden Reallast in Abrede gestellt.

Die General-Commission zu Breslau hat auch in ihrem Erkenntnisse vom 6. Januar 1855 die Provocanten abgewiesen mit dem Antrage:

> die rubr. II. Nr. 1. des Hypothekenfolii Nr. 53. über T. des sogenannten Branntwein- und Bier-Urbars eingetragene Abgabe von 166 Thlr. 16 Sgr. Courant oder 200 Fl. Rheinisch für eine ablösbare Realabgabe zu erklären und die Provocaten für schuldig zu erachten, solche durch Vermittelung der Rentenbank abzulösen.

Auf die Appellation des Provocanten hat jedoch das Revisions-Collegium für Landescultur-Sachen im Erkenntnisse vom 7. September 1855 das vorige Urtel dahin abgeändert: daß die rubr. II. Nr. 1. des Hypothekenfolii Nr. 53. über T. des sogenannten Branntwein- und Bier-Urbars eingetragene Abgabe von jährlich 200 Fl. Rheinländisch für eine ablösbare Reallast zu erachten und die Pro-

vocaten schuldig, solche nach Vorschrift des Ablösungs-Gesetzes vom 2. März 1850 zur Ablösung zu bringen.

Das Erkenntniß erster Instanz gründete sich wesentlich auf die Ausführung, daß ein Object, auf welchem die streitige Abgabe haften sollte, nicht vorhanden und beziehungsweise aufgehoben sei. Dagegen führt das Appellations-Urtel aus, daß zwar vom Krugverlagsrechte nicht die Rede sein könne, weil das Urbar nur ohne Verbindung mit Grundstücken oder Gebäuden erscheine, also die unerläßliche Fabrikationsstätte fehle, und, daß im Uebrigen auch jedes Exclusiv-Recht erloschen sei. Aber demungeachtet bestehe die Brau-, Brennerei- und Schank-Gerechtigkeit ohne Exclusiv-Recht fort als Realberechtigung, indem durch die Gesetzgebung in Ansehung der Real-, Brau- und Schankberechtigungen auf dem Lande nichts geändert sei.

Der zweite Senat des Ober-Tribunals hat aber im Urtel vom 4. September 1856 auf die Revision der Provocaten, unter Abänderung des Appellations-Urtels, das Erkenntniß erster Instanz wiederhergestellt und es lauten die

Gründe.

Der nach §. 1. der Cabinets-Ordre vom 15. März 1834 (Ges. Samml. S. 61.) unbedenklich in dieser Instanz zulässigen Entscheidung der Frage: ob die streitige Abgabe von 200 Gulden Rheinisch eine Reallast sei? tritt zunächst der Einwand entgegen, daß in dem Judicate des Vorprocesses über die Natur dieser Abgabe schon entschieden worden. Es hat auch seine Richtigkeit, daß in dem in den höheren Instanzen bestätigten Erkenntnisse des ersten Senats des Oberlandes-Gerichts zu Ratibor, vom 16. März 1843, der Verkäufer des Erblassers der Provocaten mit dem Antrage: auf Befreiung von den jährlich mit 200 Gulden Rheinisch zu zahlenden Zinse, abgewiesen ist, während er

wegen der gleichzeitig verlangten Befreiung von 4 Gulden Kretschamzins ein obsiegliches Urtel erstritten hat. Aber wenn auch bloße Entscheidungsgründe nach §. 38. Thl. I. Tit. 13. der A. G. O. niemals die Kraft eines Urtels haben sollen, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß in einem solchen Falle, wie dem vorliegenden, das Urtel aus den Entscheidungsgründen erklärt, nicht aber bloß bei den Worten der Erkenntnißformel stehen geblieben und angenommen werden müsse, daß der Antrag auf Befreiung von der Abgabe, er möge beruhen auf welchem Fundamente es auch sei, zurückgewiesen, und unter allen Umständen die Abgabe für fortbestehend erkannt worden. Vielmehr kommt es auf das Fundament der Klage an, und dieses ist hier: die allgemeine Gewerbefreiheit und die aus ihr entnommene Behauptung der Aufhebung der streitigen Abgabe als einer Gewerbsabgabe. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß die Provocaten den Anspruch des Provocanten auf Gewährung der Abgabe, als Reallast, durch Klage oder Einwand aus einem anderen Fundamente widerlegen können. Es ist daher durch den Vorproceß bloß entschieden, daß die streitige Abgabe keine Gewerbsabgabe sei, nicht aber ist erkannt: daß dieselbe eine Reallast sei, und namentlich folgt Letzteres nicht von selbst, da nicht ausgeschlossen ist, daß eine vertragsmäßig bedungene Abgabe, wenn sie auch keine Gewerbsabgabe ist, noch eine anders geeigenschaftete Verbindlichkeit gewesen sein könne, als eine Reallast. Es mußte daher bei der Prüfung der Streitfrage nur Alles ausgeschlossen bleiben, was die Provocaten zum Beweise der Gewerblichkeit der Abgabe wiederholt vorgebracht haben.

Es ist unter den Parteien nicht streitig, daß die Gerechtsame, welche in der Verschreibung vom 6. April 1773 dem Erbrichter H. von der Gutsherrschaft zu N. und T.

erblich überlassen worden, Zubehörungen des Ritterguts gewesen, und ebenso sind die Parteien darüber einig, daß eine Verbindung dieser Gerechtsache nach deren Veräußerung vom Rittergute, mit einem Grundstücke, weder hat erfolgen sollen, noch hergestellt worden sei.

Unter der Bezeichnung: „Bier- und Branntwein-Urbar" in der gedachten Verschreibung und der nachherigen Verhandlung vom 29. April 1819 ist ferner nach dem Einverständnisse der Parteien zu verstehen und auch nach Inhalt der Urkunde gemeint:

1) die Berechtigung zu brauen, zu brennen und Bier und Branntwein zu schänken,
2) das Krugsverlagsrecht in den Dörfern R. und T. und
3) der Bier- und Branntweinzwang in diesen Orten.

Abgesehen davon, ob überhaupt eine solche Abtrennung dieser Gerechtsame von Rittergütern, in Schlesien, zur Zeit der Erbverschreibung vom 6. April 1773 ohne Weiteres zulässig gewesen, so ist doch unzweifelhaft, daß der Bier- und Branntweinzwang durch §. 1. des Edicts vom 28. October 1810 (Ges. Samml. S. 95.) aufgehoben worden und auch vom Appellations-Richter selbst angenommen. Anbelangend den Krugverlag, so ist derselbe zwar in sofern nicht aufgehoben, als er auf einem Vertrage zwischen den Verlagsberechtigten und den Verlagsverpflichteten oder auf Verjährung beruht hat. §. 54. des Gesetzes vom 7. September 1811. Um das Nichtvorhandensein dieser angeblichen Gerechtsame zu zeigen, genügt zunächst die Anführung des Mangels des Beweises eines der beiden Fundamente. Es ist aber auch ein Krugverlagsrecht in der Verschreibung vom 6. April 1773 gar nicht constituirt. Nach §. 56. Thl. I. Tit. 23. des A. L. R. in Verbindung mit §. 54. des allegirten Gesetzes vom 7. April 1811 heißt Krugverlag: das Recht

des Besitzers einer bestimmten Fabrikationsstätte, aus derselben den Besitzer einer bestimmten Schankstätte mit den daselbst auszuschänkenden Getränken ausschließlich zu versorgen. In der Verschreibung vom 6. April 1773 ist weder eine bestimmte Fabrikationsstätte, noch eine bestimmte Schankstätte bezeichnet, sondern nur allgemein dem Erbrichter H. der Verlag in den Dörfern R. und T. zugesichert. Der Appellations-Richter erkennt ebenfalls an, daß das Verlagsrecht schon zur Zeit der Verhandlung vom 29. April 1819 aufgehoben gewesen. Endlich existirt auch das in der Verschreibung vom 6. April 1773 veräußerte Recht in den Dörfern R. und T. zu brauen, zu brennen und Bier und Branntwein auszuschänken nicht mehr. Die Verhandlung vom 29. April 1819 kann nicht als die eigentliche Urkunde angesehen werden, da sie nur ein Anerkenntniß der gedachten Verschreibung enthält. Wollte man sie aber als erst damals geschlossenen Erbpachtscontract betrachten, so wäre die Richtigkeit der Abtrennung der gedachten Gerechtsame von dem Rittergute schon nach der Entscheidung vom 8. April 1842 (Entscheid. Bd. 8. S. 299.) nicht zu bezweifeln. Es ist aber auch ein Irrthum, wenn der Appellations-Richter für seine Argumentation, nach welcher solche, wie die in Frage stehenden Gerechtsame, ohne alle Verbindung mit Grundbesitz fortbestehen sollen, die im 25. Bande der Entscheidungen des Ober-Tribunals S. 100. abgedruckte Entscheidung vom 21. December 1852 anführt, indem dort gerade nur von Schankberechtigungen, welche mit ländlichen Grundstücken verbunden sind, die Rede ist, und nur solche Real-Schankberechtigungen unter den gesetzlichen Modificationen fortbestehen geblieben sind. Vielmehr ist aus der diesem Erkenntnisse zum Grunde liegenden Ausführung, aus dem Zusammenhange der §§. 52. und 53. des

Gesetzes vom 7. September 1811 und aus dem Gegensatze der Gewerbsberechtigungen in den Städten §. 32 ff. und auf dem Lande §. 52 ff. in Verbindung mit der Cabinets-Ordre vom 7. Februar 1835 (Ges. Samml. S. 18.) unzweifelhaft zu entnehmen, daß, wenn §. 52. des allegirten Gesetzes verordnet:

> Das Recht zum Absatze an Andere zu brauen und das Recht Branntwein zu brennen überhaupt, verbleibt auf dem Lande den bisherigen Besitzern desselben,

unter den bisherigen Besitzern die Besitzer der Grundstücke, mit welchen die Gerechtsame verbunden sind, also das Fortbestehen solcher Berechtigungen auf dem Lande gemeint worden, wenn sie Realberechtigungen gewesen. Nur solche sind aufrecht erhalten in den bestimmten Grenzen, alle anderen aber durch die Edicte vom 2. November und vom 28. October 1810 aufgehoben.

Das in Rede stehende von der Gutsherrschaft in der Verschreibung vom 6. April 1773 dem Erbrichter H. überlassene Recht, in den Dörfern R. und T. zu brauen, zu brennen und Bier und Branntwein auszuschänken, ist aber so wenig mit irgend einem Grundbesitze an Ort und Stelle verbunden, daß es zur Zeit dem Namen nach auf die Erben des Lohndieners B. zu Ratibor gediehen, aber nach dem Obigen als etwas Wirkliches gar nicht mehr vorhanden ist. Es ist daher auch unausführbar anzunehmen, daß der jährliche Zins von 200 Gulden Rheinisch, welchen die Gutsherrschaft sich von dem Erbrichter H. ausbedungen hat, eine Reallast sei. Etwas Reales, worauf die Abgabe haften könnte, existirt so wenig, daß die Revidenten mit Recht sich zur Widerlegung der Annahme des Appellations-Richters auf den Begriff der Reallasten im §. 6. des Ablösungs-Gesetzes vom 2. März 1850 und auf die Verordnung über Einziehung und

Sicherstellung der Renten nach §. 18. des Rentenbank-Gesetzes vom 2. März 1850 berufen haben, und die beliebte Anlegung eines Foliums im Hypothekenbuche als etwas Gleichgültiges angesehen werden muß, da dadurch etwas Nichtexistentes zu keinem Immobile gemacht werden kann.

№ 66.

Schiffsmühlen in Sachsen.

Ob Schiffsmühlen im Herzogthum Sachsen für unbewegliche Sachen zu erachten, und ob, wenn sie es sind, derjenige, welcher zur Zeit des Präclusions-Termins zwar Eigenthümer des Mühlenstandes, aber nicht der darauf stehenden Schiffsmühle war, das Eigenthum an dem Stande verloren hat, wenn er dasselbe nicht innerhalb des Termins profitirt, und wenn nach Ablauf des Termins der Eigenthümer der Mühle dieselbe nebst dem Mühlenstande an einen Dritten verkauft hat; und ob dieser Verlust auch dann eintritt, wenn dieser Dritte bei dem Abschlusse des Kaufvertrags davon in Kenntniß gesetzt ist, daß der Mühlenstand nicht Eigenthum des Verkäufers sei?

Verordnung wegen Einrichtung des Hypotheken-Wesens in dem mit den Preußischen Staaten vereinigten Herzogthum Sachsen vom 16. Juni 1820 (Gesetz-Samml. S. 101.) §§. 23. bis 26.

Die Gemeinde des an der Elbe belegenen, damals chur-fürstlich sächsischen Dorfs A. hat mittelst Kaufvertrags vom

24. Januar 1736 von dem sächsischen Fiscus den früher dem Amte P. zuständig gewesenen alten Schiffsmühlenstand auf der Elbe erkauft und diesen Stand demnächst noch in demselben Jahre an den Müller R. für jährlich 20 Fl. verpachtet. In einem neuen mit eben demselben am 20. Juni 1750 auf 25 Jahre geschlossenen Pachtvertrage, mittelst dessen dem Pächter gestattet ist, die Pachtzeit über den Mühlenstand zu nutzen und zu gebrauchen, seine Schiffsmühle, wie es in dem Vertrage heißt, an der Gemeinde Grund und Boden angerichteten Weiche zu bringen, und auf ihrem Ufer zu befestigen, ist das Pachtgeld auf jährlich 20 Thlr. festgesetzt und dem Pächter zur Pflicht gemacht, jährlich 4 Gulden Erbzins statt der Gemeinde an das Amt P. zu entrichten. Seitdem hat die gedachte, jetzt als Klägerin auftretende Gemeinde weder mit dem Müller R., noch sonst mit Jemand über den fraglichen Schiffsmühlenstand einen neuen Pachtvertrag abgeschlossen.

Der Müller R. hat demnächst seine Elbschiffsmühle, welche vor wie nach denselben Stand behalten hatte, anderweitig verkauft. Nachdem dieselbe inzwischen verschiedene andere Besitzer gehabt hatte, ist sie im Jahre 1801 von den Kr.'schen Eheleuten erworben, und von diesen im Jahre 1812 an den Müller Kl. verkauft worden. Dieser Letztere hat, als das Dorf A. in Folge des Friedens-Vertrages im Jahre 1815 von der Krone Sachsen auf die Krone Preußen übergegangen war, bei dem competenten Hypothekenrichter unterm 26. November 1822 „seine bei A. belegene Elbschiffsmühle" zur Eintragung in das damals neu anzulegende Hypothekenbuch profitirt. In Folge dessen ist der Besitztitel „der unfern des Dorfes A. stehenden Elbschiffsmühle" im Jahre 1833 auf den Namen des Müllers Kl. berichtigt. Dieser hat laut Kaufvertrags vom 24. Juni 1843

die bei A. belegene Elbschiffsmühle nebst Zubehör an den Verklagten verkauft, und diesem, wie es in dem **Vertrage** heißt „das Mühlengrundstück" übergeben. Der **Verklagte** ist demnächst auch als Besitzer der gedachten Elbschiffsmühle in das betreffende Hypothekenbuch eingetragen. Der Verklagte sowohl, als dessen Vorbesitzer, haben vom Jahre 1776 bis zum Jahre 1850 jährlich einen Zins von 23 Thlrn. an die klagende Gemeinde abgeführt. Als im Jahre 1851 der Verklagte die fernere Entrichtung dieses Zinses verweigert hat, sind die Gärtner und Hüfner zu A. gegen denselben mit dem Antrage auf Verurtheilung zur Zahlung des jährlichen Zinses von 23 Thlr. klagbar geworden, mit diesem ihrem Antrage aber durch Erkenntniß vom Jahre 1852 als nicht zur Sache legitimirt, zurückgewiesen. Im folgenden Jahre hat die klagende Gemeinde dahin angetragen, den Verklagten zur Aufhebung des zwischen demselben und ihr bestehenden Pachtvertrages, zur Räumung des Mühlenstandes und zur Zahlung des rückständigen Pachtzinses zu verurtheilen, ist indeß im Jahre 1854 angebrachtermaaßen abgewiesen, weil das Bestehen des behaupteten Pachtvertrages nicht nachgewiesen sei.

Im jetzigen Processe behauptete die klagende Gemeinde, daß der fr. Elbschiffsmühlenstand ihr vor wie nach gehöre, und daß der Müller Kl. bei dem Verkaufe der Mühle den Verklagten ausdrücklich davon unterrichtet habe, daß von der Mühle jährlich 23 Thlr. für die Benutzung des Mühlweges und für den Stand der Mühle an sie zu entrichten seien. Sie stellte den Antrag, den Verklagten zu verurtheilen, den ihr gehörigen Mühlenstand zu räumen, und den Verklagten für nicht befugt zu erachten, diese Mühle an den an der Elbe belegenen nnd das Ufer bildenden Grund-

stücken anzulegen und zu befestigen, und sich des durch die Flur führenden Mühlweges zu bedienen.

Diesem Antrage gemäß ist der Verklagte durch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Torgau vom 27. April 1855 verurtheilt. In zweiter Instanz bestritt der Verklagte die Behauptungen der Klägerin und behauptete, daß er als wirklich titulirter Eigenthümer der Schiffsmühle auch Eigenthümer des untrennbar an derselben klebenden Rechts sei, das Müllergewerbe mit der gedachten Mühle gerade auf ihrem jetzigen Stande zu betreiben. Die Klägerin trat dagegen noch mit der Behauptung auf, daß der Müller Kl. den Verklagten bei dem Verkaufe der Mühle davon in Kenntniß gesetzt habe, daß der Mühlenstand ihr Eigenthum sei.

Das Appellations-Gericht zu Naumburg hat am 31. Januar 1856 unter Abänderung des ersten Urtels, auf Abweisung der Klägerin erkannt. Auf die von dieser Letzteren dagegen eingelegte Revision hat der dritte Senat des Ober-Tribunals in seiner Sitzung vom 10. September 1856 auf Bestätigung des Appellations-Urtels erkannt, und zwar aus folgenden

Gründen.

Nach der richtigen Ansicht gelten nach gemeinem Rechte Schiffsmühlen dann für Immobilien, wenn zu deren Anlegung ein gewisser Ort angewiesen worden ist, welchen sie nicht verändern dürfen. (Glück's Pandecten-Commentar Bd. II. S. 193., Scholz, Baurecht §. 69., von Holzschuher, Theorie des gemeinen Civilrechts Bd. II. Abtheilung I. S. 87.)

Im Königreich Sachsen, wo Schiffsmühlen nur in öffentlichen Strömen vorkommen, erhalten die concessionirten Schiffsmühlen einen Stand in einer gewissen Länge des

Stromes angewiesen, innerhalb dessen sie an dem Ufer anlegen dürfen und treten dann in bestimmte Verhältnisse zu den Besitzern der Grundstücke an den Ufern, besonders wegen des zu gestattenden Mahlweges. (Haubold's Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privatrechts, I. Abth. 3 Aufl. §. 366. Note f.) Auch im Königreiche Sachsen werden daher Schiffsmühlen den Immobilien beigezählt. — (Haubold a. a. O. §. 168.) — Diesem gemäß unterliegt es keinem Zweifel, daß die fragliche bei A. belegene Elbschiffsmühle, als A. mit den übrigen bis dahin Königlich Sächsischen Districten und Ortschaften in Folge des Friedensvertrages zwischen der Krone Preußen und der Krone Sachsen vom 18. Mai 1815 von der Letzteren an die Erstere überging, für eine unbewegliche Sache zu erachten war und als solche anerkannt werden mußte. Die Klägerin selbst gesteht in der Revisions-Schrift auch zu, daß der Stand der fraglichen Elbschiffsmühle eine unbewegliche Sache sei, und behauptet nur, daß die Schiffsmühle als solche zu den beweglichen Sachen zu rechnen sei. Diese Behauptung ist indeß nach dem oben Gesagten unhaltbar. Denn erhielten in Sachsen, wie erwähnt, die concessionirten Schiffsmühlen einen Stand in einer gewissen Länge des Stroms angewiesen, innerhalb dessen sie nur an dem Ufer anlegen konnten, so folgt daraus, daß die solchergestalt angelegten Schiffsmühlen selbst die Eigenschaft von unbeweglichen Sachen hatten. Im vorliegenden Falle ist nun zwar ursprünglich der Schiffsmühlenstand von der Schiffsmühle selbst in so fern getrennt gewesen als die klagende Gemeinde den Ersteren im Jahre 1736 von dem Sächsischen Fiscus erworben, und als nicht die klagende Gemeinde, sondern der Müller R. welcher den Mühlenstand in eben demselben Jahre von ihr erpachtet hatte, auf dem Schiffsmühlenstande der Klägerin

die Schiffsmühle errichtet hätte. Allein bei der in Folge der Verordnung wegen Einrichtung des Hypothekenwesens im Herzogthum Sachsen vom 16. Juni 1820 und der Allerhöchsten Cabinets-Ordres vom 8. November 1821 und 23. März 1823 (Ges. Samml. für 1820 S. 101., für 1821 S. 80. und für 1823 S. 34.) veranlaßten Regulirung des Hypothekenwesens ist die Trennung, falls solche damals überhaupt noch bestand, nicht zur Sprache gekommen. Der Vorbesitzer des Verklagten, welcher die fragliche Elbschiffsmühle sammt allem Zubehör unterm 24. März 1812 erkauft hatte, hat vielmehr bei dem betreffenden Hypothekenrichter laut gerichtlicher Verhandlung vom 26. November 1822 nur sein Eigenthum an der Elbschiffsmühle und einen Zins an die klagende Gemeinde für die Weiche und zu haltenden Wege von 23 Thlr. profitirt, ohne besonders zu bemerken, ob der Mühlenstand, worauf die Mühle stehe, ihm oder jemand Anderm gehöre. Die klagende Gemeinde selbst hat weder diesen Zins, noch ihr angebliches Eigenthumsrecht an dem Mühlenstande bei dem Hypothekenrichter angemeldet. Diesem gemäß ist der Besitztitel „der unfern des Dorfes stehenden Elbschiffsmühle" auf den Namen des Vorbesitzers des Verklagten zufolge Verfügung vom 7. Juli 1833 ohne weitere Beschränkung berichtigt. Diese Eintragung ist, da eben keine Beschränkung hinzugefügt ist, der Natur der Sache nach von Allem, was die Schiffsmühle bildet, also auch von dem Mühlenstande, zu verstehen. In diesem Umfange hat der Verklagte die fragliche Elbschiffsmühle von seinem Vorbesitzer mittelst Vertrages vom 24. Juni 1843 eigenthümlich erworben. Völlig unerheblich ist es daher, daß, worauf die klagende Gemeinde ein besonderes Gewicht legt, in dem zwischen ihr und dem Müller R. unterm 20. Juni 1750 wegen des fraglichen Elbschiffsmühlenstandes

abgeschlossenen Pachtvertrage gesagt wird, der **Pächter** sei befugt, den Schiffsmühlenstand die Pachtzeit über zu nutzen und zu gebrauchen, und seine Schiffsmühle an der Gemeinde Grund und Boden angerichteten Weiche zu bringen und auf ihrem Ufer zu befestigen. Dem Verklagten wird nun zwar auch mala fides von der Klägerin vorgeworfen. Der Vorbesitzer des Verklagten hat nämlich in einem der Vorprocesse eidlich bekundet, daß er den Verklagten bei dem Abschlusse des Kaufvertrages vom 24. Juni 1843 davon unterrichtet habe, daß von der Elbschiffsmühle jährlich 23 Thlr. für die Benutzung des sogenannten Mühlenweges und für den Stand der Mühle an die klagende Gemeinde gegeben werden müßten. Diese Aeußerung konnte aber den Verklagten in Bezug auf das Eigenthum an dem Mühlenstande gar nicht in bösen Glauben versetzen, da der jedesmalige Besitzer der Elbschiffsmühle sehr wohl verpflichtet sein konnte, der klagenden Gemeinde für jene Benutzung und für den Mühlenstand jährlich jene Summe zu geben, ohne daß um deshalb die klagende Gemeinde Eigenthümerin des Standes zu sein brauchte, und da überdies in der vorgedachten Profession des Vorbesitzers des Verklagten vom 26. November 1822 nicht das Mindeste davon enthalten war, daß die klagende Gemeinde Eigenthümerin des Standes sei. Ohne Einfluß ist es daher auf die Entscheidung der Sache, daß der Verklagte vom Anfange seiner Besitzzeit im Jahre 1843 bis zum Jahre 1850 einen jährlichen Zins von 23 Thlrn. an die klagende Gemeinde entrichtet hat.

Erheblicher würde der Umstand sein, wenn der Vorbesitzer des Verklagten, wie ein Zeuge bekunden soll, den Verklagten bei dem Abschlusse des mehrgedachten Kaufvertrages davon in Kenntniß gesetzt hätte, daß der Mühlenstand Eigenthum der Klägerin sei. Für die Unerheblichkeit dieser

Behauptung bezieht sich der Appellations-Richter mit Unrecht auf die §§. 18. und 19. Tit. 10. Thl. I. A. L. R., da hier nur bestimmt wird, daß wenn verschiedene Personen einen an sich rechtsgültigen Titel zur Erwerbung des Eigenthums einer unbeweglichen Sache erhalten haben, derjenige, dessen Titel von dem im Hypothekenbuche eingetragenen Eigenthümer herrührt, den übrigen vorgeht, und daß, wenn die Prätendenten insgesammt ihren Titel von diesem eingetragenen Eigenthümer haben, demjenigen, der seinen Titel zuerst in das Hypothekenbuch hat eintragen lassen, der Vorzug gebührt, und da mithin diese Vorschriften keine Bestimmung darüber enthalten, welchen Einfluß der böse Glauben des Käufers auf den Erwerb des Eigenthums der erkauften Sache hat. Ueber diesen Einfluß handeln vielmehr die §§. 24. und 25. a. a. O.

Im vorliegenden Falle ist indeß jene Behauptung der Klägerin aus einem anderen Grunde unerheblich. Die Klägerin selbst giebt, wie erwähnt, zu, daß der fragliche Mühlenstand eine unbewegliche Sache sei. Sie stellt auch nicht in Abrede, daß dieser Stand als eine unbewegliche Sache nach Preußischen Gesetzen, — wie dies hinsichts der auf einem öffentlichen Strome mit Erlaubniß des Staats errichteten Schiffsmühlen überhaupt auch in dem Justiz-Ministerial-Rescripte vom 3. September 1842, (Justiz-Ministerial-Blatt für 1842 S. 303.) anerkannt ist, — der Eintragung in das Hypothekenbuch bedurft habe. Ihre Pflicht wäre es mithin, nach dem deutlichen Inhalte der §§. 19. und 20. der gedachten Verordnung vom 16. Juni 1820 und der beiden Allerhöchsten Cabinets-Ordres vom 8. November 1821 und vom 23. März 1823 gewesen, ihre Eigenthumsansprüche an den Stand bis spätestens Ende des Jahres 1823 bei dem betreffenden Hypothekenrichter anzu-

melden. Dieser ihrer Pflicht ist sie nicht nachgekommen. Es bestimmen aber in dieser Beziehung die §§. 23. bis 26. jener Verordnung Folgendes:

§. 23. Diejenigen, welche sich nicht melden, behalten zwar ihre Rechte gegen die Person ihres Schuldners oder dessen Erben, und können sich auch an das ihnen verhaftete Grundstück, in sofern solches noch in den Händen des gegenwärtigen (das heißt, des im Präclusions-Termine das Grundstück innehabenden) Besitzers befindlich ist, halten. Gegen einen Dritten aber und zu dessen Nachtheil soll ein solcher Gläubiger kein Realrecht an das Grundstück auszuüben im Stande sein.

§. 24. Wenn daher jemand erst nach dem 1. Januar 1822 (welcher Termin später bis zum 1. Januar 1824 verlängert ist) mit einer Vindicationsklage, oder mit anderen Eigenthumsansprüchen an ein Grundstück hervortritt, so kann er damit nur gegen den jetzigen Besitzer, falls das Gut noch in dessen Händen ist, gehört werden, und muß auch, wenn er obsiegt, alle bis dahin auf das Gut eingetragenen Hypotheken und anderen Realrechte anerkennen, und den Inhabern solcher Forderungen aus dem Gute eben so gerecht werden, als wenn er ihnen die Rechte selbst eingeräumt hätte. —

§. 25. Wird aber ein anderer Realanspruch, der nicht das Eigenthum betrifft, nach dem 1. Januar 1822 angemeldet, und das Grundstück befindet sich noch in den Händen des gegenwärtigen Besitzers, §. 23., so soll zwar ein solcher Gläubiger gegen den Besitzer ebenfalls noch gehört, und ihm gestattet werden, sich an das verhaftete Grundstück zu halten. Er muß

aber allen bis dahin schon zur Eintragung angemeldeten Hypothekenforderungen mit seinem Anspruche nachstehen, und kann zum Nachtheil derselben von seinem erstrittenen Realrechte keinen Gebrauch machen.

§. 26. Ist das Gut nach dem 1. Januar 1822 an einen dritten Besitzer veräußert, so haben die, welche ihre Realansprüche anzumelden unterlassen, ihre Rechte gegen das Gut ganz verloren, und dürfen weder der dritte Besitzer, noch die, welche von ihm ihre Rechte herleiten, deshalb im Geringsten beunruhigt, oder in Anspruch genommen werden. Der säumige Realgläubiger kann seine Rechte nur gegen seinen Schuldner, dessen Erben, oder deren sonstiges Vermögen verfolgen.

Hiernach hat die unterlassene Anmeldung des angeblichen Eigenthumsrechts an dem fraglichen Elbschiffsmühlenstande Seitens der Klägerin die Wirkung, daß die Klägerin mit ihrem Rechte gegen den Verklagten, welcher die Elbschiffsmühle erst lange nach Ablauf des Präclusions-Termins erworben hat, nicht gehört, und der Verklagte deshalb nicht im Geringsten beunruhigt oder in Anspruch genommen werden darf. Diese Wirkung tritt, wie Rücksichts aller Realansprüche, welche in Folge jener Verordnung bis zum Ablaufe des erwähnten Präclusions-Termins hätten angemeldet werden sollen, aber anzumelden verabsäumt sind, in den Entscheidungen vom 26. October 1852 und vom 17. März 1855 (Entscheid. Bd. 24. S. 315. und Bd. 30. S. 235) näher ausgeführt ist, unbedingt ein, mag Verklagter zur Zeit des Erwerbes der Mühle gewußt haben, daß die klagende Gemeinde Eigenthümerin des Mühlenstandes war und es noch sein würde, wenn sie nicht ihre desfallsigen Ansprüche zu profitiren verabsäumt hätte, oder mag dem-

selben diese Wissenschaft nicht beigewohnt haben. Unerheblich ist es daher für den vorliegenden Fall, ob der Verklagte in der That bei dem Abschlusse des mehrgedachten Kaufvertrages von seinem Verkäufer davon in Kenntniß gesetzt ist, daß der Mühlenstand Eigenthum der Klägerin sei, oder nicht.

Nach allem Diesen mußte hinsichts des ersten Klagepunktes die Bestätigung des Appellations-Urtels erfolgen. Diese Bestätigung mußte aber auch hinsichts des zweiten und dritten Klagepunktes stattfinden, da die klagende Gemeinde bei diesen Punkten die wohl gerechtfertigten Gründe des Appellations-Richters zu widerlegen nicht einmal versucht hat. —

№ 67.

Assignation im Wege der Execution.

Können die aus einer, im Wege der Execution ertheilten Assignation, erlangten Rechte, auch ohne specielle Uebertragung der Forderung selbst, wegen welcher die Assignation ertheilt worden, wirksamer Weise durch Cession abgetreten werden?

Gesetz vom 4. Juli 1822 §§. 1—3. (Ges. Samml. S. 178.)
Executions-Verordnung vom 4. März 1834, §. 15. (Ges. Samml. S. 31.)
A. G. O. Thl. I. Tit. 50. §§. 447. 451.
A. L. R. Einleitung §. 99. und Thl. I. Tit. 11. §. 382 und Tit. 16. §§. 251. 295.

Die verwittwete W. hat wegen ihrer, gegen den Gutsbesitzer von B. rechtskräftig erstrittenen Forderung von

500 Thlr. nebst fünf Procent Verzugszinsen seit dem 25. December 1847, eine Rente von 700 Thlr., welche der Kaufmann Caspar B. jährlich an den von B. aus dem Verkaufe dessen Gutes zu zahlen hat, durch die Verfügung der Kreisgerichts-Deputation zu Labes vom 15. Juni 1854 im Wege der Execution, in Kraft einer Assignation, zur eigenen Einziehung resp. Einklang überwiesen erhalten. Die Wittwe W. beansprucht von Caspar B. Befriedigung aus der ersten am 1. August 1854 fälligen Rente und auf ihre Klage ist Caspar B. von dem Kreis-Gericht zu Stargardt in contumaciam dem Antrage gemäß verurtheilt 500 Thlr. zu zahlen. Der Verklagte B. appellirte und erhob den Einwand, daß die fragliche Rente bereits am 24. September 1853 auf Höhe von 2300 Thlr. in Kraft einer Assignation dem Kaufmann G., wegen dessen Forderung an den von B., überwiesen sei, daß sodann diese 2300 Thlr. Rente ihm, dem Verklagten, selbst am 23. Februar 1855 von dem Kaufmanne G. cedirt seien, er also keine Zahlung zu leisten habe. Hiernach will Verklagter vorerst die Priorität der gegenseitigen Ansprüche festgestellt wissen.

Das Appellations-Gericht zu Stettin erkannte aber am 1. September 1855 auf Bestätigung des ersten Erkenntnisses Der Appellations-Richter hat zur Motivirung seiner Entscheidung angeführt:

die Frage nach der Richtigkeit der thatsächlichen Anführungen des Verklagten konnte auf sich beruhen, da der daraus hergeleitete Einwand nicht geeignet ist, den klägerischen Antrag zu beseitigen. Die Seitens des Richters im Wege der Execution ertheilte Ueberweisung einer Forderung des Exequenden hat entweder die Wirkung einer Cession, oder einer Assignation; nur im ersteren Falle geht das Eigenthum der überwiesenen Forderung über,

— A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 376. — im anderen, hier vorliegenden Falle, ist dem Executionssucher nur die Vollmacht gegeben, jene Forderung für sich einzuziehen — Tit. 16. §. 251. — Es könne dahin gestellt bleiben, ob mit der Cession der zur Execution stehenden Forderung, für welche die Assignation ertheilt ist, von selbst die in derselben enthaltene Vollmacht auf den Cessionarius übergeht, jedenfalls sei die Assignation, gleich dem Pfandrechte als annexum der Forderung nicht selbstständig und ohne diese übertragbar; immerhin könnte dieses nur durch Substitution, d. h. eine zweite Bevollmächtigung, nicht aber durch Cession, die in diesem Falle ein rechtlich wirkungsloser Act ist, geschehen. Der Verklagte habe nicht behauptet, daß die Forderung, für welche dem Kaufmann G. die eingelegte Rente assignirt ist, von diesem an ihn cedirt sei, und eben so wenig, daß der G. von der ihm ertheilten Assignation — Vollmacht — durch Einforderung der Rente Gebrauch gemacht habe. Der Verklagte könne also keinen Falls aus der Assignation derselben einen rechtlichen Einwand für sich herleiten; er sei vielmehr gehalten, beim Mangel anderer Gründe zur Zahlungsweigerung, die von der Klägerin geltend gemachte Assignation zu acceptiren und an sie, als zur Empfangnahme der Rente legitimirt Zahlung zu leisten.

Auf die von dem Verklagten eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem vierten Senate des Ober-Tribunals am 3. April 1856 das Appellations-Urtel vernichtet und die Sache in die zweite Instanz zurückgewiesen aus folgenden

Gründen.

Die Klägerin leitet ihrer Seits aus der Arrestanlegung vom 26. Januar 1854 und sodann aus der Ueberweisung vom 15. Juni 1854 das Recht her, die am 1.

August 1854 fällige Rente, welche der Gutsbesitzer von B., der Schuldner der Klägerin, von dem Verklagten mit 700 Thlr, zu fordern hatte, von dem Letzteren einzuziehen. War dieselbe Rente, wie behauptet wird, schon vorher am 24. September 1853 dem Kaufmann G. gleichfalls wegen einer Forderung an den von B. im Wege der Execution überwiesen, so erlangte dieser dadurch dasselbe Recht, zugleich aber das Vorzugsrecht der fünften Classe vor der Klägerin aus der Priorität der Zeit.

Gesetz vom 4. Juli 1822 §§. 1—3.

Executions-Ordnung vom 4. März 1834 §. 15.

A. G. O. Thl. I. Tit. 50. §§. 447. und 451.

Träte nun der G. selbst auf und machte sein Vorzugsrecht geltend, so müßte dem Verklagten gestattet sein, sich, der Klägerin gegenüber, darauf zu dem Zwecke zu berufen, daß er ihr die verlangte Zahlung nicht leisten dürfe, sondern sie an G. zu leisten habe, wie dies bei freiwilligen Assignationen der §. 295. Tit 16. Thl. I. des A. L. R. mit sich bringt und bei gerichtlichen Ueberweisungen die Zeitpriorität der Ueberweisung erfordert.

Die Rechte des G. sollen nun auf Verklagten selbst übergegangen sein, und ist dieses der Fall, so kann er aus eigenem Rechte der Klägerin den Einwand entgegen setzen, daß die Rente, deren Zahlung sie verlangt, ihm selbst gebühre und er sie also nicht an die Klägerin zu zahlen brauche. Es fragt sich also:

ob und in welcher Weise die Rechte des G. auf den Verklagten übergegangen sind?

Der Verklagte behauptet: die Rente sei dem G. wegen zweier Forderungen auf Höhe von 2300 Thlr. überwiesen und sodann seien die 2300 Thlr. Rente ihm, dem Verklagten, cedirt. Zu den Forderungen, welche der G. gegen von B. erstrit-

ten hat, gehört das aus der Ueberweisung erlangte Recht, dieselben im Betrage von 2300 Thlr. aus der überwiesenen Rente einzuklagen und einzuziehen und dieses Recht soll durch Cession der überwiesenen Rente auf den Verklagten übergegangen sein.

Der Appellations-Richter meint nun, es könne dahin gestellt bleiben, ob mit der Cession der zur Execution stehenden Forderung, für welche die Assignation ertheilt worden, von selbst die in derselben enthaltene Vollmacht zur Einklagung auf den Cessionar übergehe, jedenfalls sei die Assignation, gleich dem Pfandrechte, als annexum der Forderung nicht selbstständig und ohne diese übertragbar, immerhin könnte dieses nur durch eine zweite Bevollmächtigung, nicht aber durch eine Cession, die in diesem Falle ein wirkungsloser Act sei, geschehen, daß aber die Forderung selbst, wegen welcher die Assignation ertheilt worden, dem Verklagten nicht cedirt sei, was dieser gar nicht behaupte.

Diese Ausführung ist ungegründet. Es liegt ihr die Annahme zum Grunde, einmal: daß die, aus der, dem Kaufmann G. ertheilten Anweisung für diesen entstandenen Rechte, nicht ohne die Forderung selbst, wegen welcher die Ueberweisung ertheilt worden, hätten cedirt und sodann. daß diese Uebertragung überhaupt nur durch eine zweite Bevollmächtigung habe geschehen können.

Daß nun die aus einer gerichtlichen Assignation entstandenen Rechte an sich cessibel seien, kann, da sie nicht an die Person des Assignatars gebunden sind, nach §. 99. der Einleitung zum Allg. Landrecht und nach §. 382. Tit. 11. Thl. I. nicht bezweifelt werden, und ist auch bereits in den Entscheidungen Bd. 4. S. 225. wie anderwärts anerkannt. In diesen früheren Fällen war freilich auch die Forderung aus den Judicaten, wegen deren die Ueberweisung ertheilt

worden, ebenfalls mitcedirt, und Verklagter behauptet nicht speciell, daß dies im vorliegenden Falle geschehen sei, sondern nur, daß die überwiesene Rente cedirt worden. Es ist aber anzunehmen, daß die Rechte aus der Ueberweisung auch ohne specielle Cession der Forderung selbst wirksamer Weise abgetreten werden können. Denn die Ueberweisung bezweckt nicht, wie das Pfandrecht, bloß Sicherheit der Forderung, für welche dasselbe bestellt worden, sondern sie giebt dem Assignatar das selbstständige Recht, die assignirte Forderung seines Schuldners von dem Dritten aus eigenem Rechte für sich selbst einzuziehen. Die Forderung des Assignatars an seinen Schuldner ist nur die Veranlassung der Assignation. Die assignirte Forderung des Schuldners an den Dritten tritt an die Stelle der Forderung des Assignatars an seinen Schuldner und absorbirt dieselbe. Die assignirte Forderung ist nicht ein annexum der Forderung, wegen welcher sie assignirt worden, sondern sie wird ihr substituirt und diese geht in jene auf. Es bedarf also neben der Cession der Rechte aus der Assignation nicht auch noch der Cession der Forderung, wegen welcher die Assignation erfolgt ist. Dabei bleibt der Unterschied zwischen dieser Natur und diesem Effecte der bloßen Assignation und einer Ueberweisung in vim cessionis immer noch bestehen, und zwar darin, daß die Assignation die Forderung des Assignatars an seinen Schuldner erst dann wirklich tilgt, wenn die Beitreibung der assignirten Forderung thatsächlich erfolgt, und wenn das nicht geschieht, der Assignatar ohne Weiteres auf seinen Schuldner zurückgehen kann, während bei der Ueberweisung in vim cessionis diese Tilgung schon im Wege der Angabe an Zahlungsstatt erfolgt, — A. L. R. Thl. I. Tit. 16. §. 242 ff. — und zunächst nur Gewährleistungs-Verhältnisse erzeugt.

Muß die Sache so aufgefaßt werden, so hat der Appellations-Richter den §. 99. der Einleitung und §. 382. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R., so wie die §§. 1—3. des Gesetzes vom 4. Juli 1822, §. 451. der Concurs-Ordnung und §. 15. des Gesetzes vom 4. März 1834, so wie §§. 251. und 295. Tit. 16. Thl. I. verletzt und sein Erkenntniß muß schon deshalb vernichtet werden. Aber auch abgesehen davon, ist die Ansicht des Appellations-Richters, daß die Rechte aus der Ueberweisuug nicht durch Cession, sondern nur durch eine Substitution — eine zweite Bevollmächtigung — übertragen werden könnten, nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Cessibilität der Rechte überhaupt und nach den gedachten Entscheidungen unrichtig, da der Assignatar, der Mandatar, das assignirte Recht nicht für den Assignanten, Mandanten, sondern für sich selbst geltend macht. — Die Hauptsache ist Behufs Erörterung der, dem Anspruche der Klägerin und der Einrede des Verklagten zum Grunde liegenden Thatsachen und zur anderweiten Entscheidung in die zweite Instanz zurückverwiesen.

№ 68.

Fünftel-Abzug.

Principieller Unterschied der drei Gesetze vom 21. April 1825 Nr. 938., 939. und 940. bezüglich des sogenannten Fünftel-Abzuges; Veranlassung und Motivirung der desfallsigen Abweichungen.

Der zu D. in der Herrschaft Broich gelegene und mit dieser dem vormaligen Großherzogthum Berg angehörig ge-

wesene W. Hof ward laut Gewinnbriefes vom 30. April 1734 Seitens des Grafen Christian Otto von Limburg gegen eine jährliche Pacht in Leibgewinn ausgethan. Die gutsherrlichen Rechte über denselben gelangten späterhin an die Jesuiten-Mission zu Mühlheim a./R., welche den Hof nach Absterben der zuerst aufgesetzten Wirthe anderweit deren Tochter und ihrem Ehemanne, besage Gewinnbriefes vom 17. Februar 1769, verpachteten. In keiner dieser Urkunden, und eben so wenig in noch älteren und späteren Gewinnbriefen findet sich eine Erwähnung der Verpflichtung oder der Befreiung von den Steuern.

Der W. Hof ist mittelst Revisions-Urtels vom 29. November 1849 auf Grund des den bäuerlichen Wirthen daran zugestandenen erblichen Besitzrechts als deren Eigenthum anerkannt, die aus dem früheren Leibgewinns-Verhältnisse herstammende Grundrente gehört aber jetzt zu den Einkünften des Pastorates der katholischen Kirchengemeinde zu M., deren zeitiger Pfarrer neuerdings mehrjährige Rückstände einklagte. Ihm ward von dem Verklagten entgegengehalten, daß der W. Hof — wie überhaupt alle Immobilien in der Herrschaft Broich — vor Einführung der fremden Gesetze steuerfrei gewesen, erst nach der französischen Occupation zur Grundsteuer herangezogen und zu Anfang der preußischen Widerbesitznahme nur deshalb eximirt worden sei, weil man den Hof für ein zum Pfarr-Vermögen gehöriges Grundeigenthum erachtet habe, weshalb denn auch die Grundsteuer sofort wieder gefordert sei, als der Proceß über das Eigenthum zu Gunsten der Verklagten entschieden gewesen. Mit Rücksicht auf diese frühere Steuerfreiheit des W. Hofes und den Inhalt der älteren Verleihungs-Urkunden beanspruchten die Verklagten das Recht zum Abzuge eines Fünftels von den, ihrer Quantität und Qualität nach im Uebri-

gen unstreitigen Leistungen, und beide Vorderrichter haben demgemäß erkannt, indem namentlich der zweite auf Grund der Notorietät und sonstigen Ermittelungen feststellte, daß vor Einführung der fremden Gesetze in der Herrschaft Broich durchgängig Grundsteuerfreiheit geherrscht habe, und deshalb den §. 68. des Gesetzes vom 21. April 1825 (Nr. 939.) zur Anwendung brachte.

Die vom Kläger noch eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist laut Erkenntnisses des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 17. Juli 1856 zurückgewiesen und zwar aus folgenden

Gründen.

Implorant behauptet, daß der §. 68. a. a. O. rechtsgrundsätzlich verletzt sei, und ist der Meinung, daß — falls ein ehemals steuerfreies Grundstück ohne Zusage oder ausdrückliche Erwähnung der Steuerfreiheit, wie hier geschehen, vertragsmäßig verliehen worden — der Fünftel-Abzug nicht Platz greifen könne, indem er zur Motivirung seiner Nichtigkeits-Beschwerde auf die §§. 79. 81. und 89. des gleichzeitig erlassenen Gesetzes für die, zum vormaligen Königreich Westphalen gehörig gewesenen Landestheile (Nr. 938. Ges. Samml. S. 74.) und den Plenarbeschluß vom 18. Mai 1840 (Entscheid. Bd. 5. S. 228 ff.) unter der Behauptung zurückweiset, daß die betreffenden Vorschriften beider Gesetze völlig übereinstimmend seien und darum lediglich der Inhalt der Verleihungs-Urkunde entscheiden müsse. —

Eine solche Uebereinstimmung findet jedoch bezüglich der, wie vorliegend gestalteten Fälle mit Nichten statt; denn obschon beide Gesetze vom 21. April 1825 sub. Nr. 938. und 939. eben so wie das dritte von diesem Tage für die Landestheile, welche vormals zu den französischen Departe-

ments eine Zeit lang gehört haben, sub. Nr. 940. im völlig gleichen Wortlaute als Regel aufstellen: daß der Besitzer eines mit Reallasten beschwerten vor Einführung der fremden Gesetze steuerfrei gewesenen Grundstücks den fünften Theil der betreffenden Leistung als Beitrag zur Grundsteuer abzuziehen befugt sein solle, — §. 89. des Gesetzes Nr. 938., §. 68. des Gesetzes Nr. 939., §. 66. des Gesetzes Nr. 940. — wenn nicht

a. in einem ausdrücklichen Vertrage oder Judicate (sei es vor oder nach Einführung der fremden Gesetze) ihm die ausschließliche Verbindlichkeit zur Tragung der Grundsteuer auferlegt worden, (§. 79. des Gesetzes Nr. 938., §. 59. des Gesetzes Nr. 939. §. 57. des Gesetzes Nr. 940.) oder

b. der Berechtigte durch einen Vertrag oder ein Judicat (sei es vor oder nach Einführung der fremden Gesetze) verpflichtet werde, die Grundsteuer allein zu tragen; — ein solcher Vertrag insbesondere auch in dem Falle anzunehmen sei, wo vor Einführung der fremden Gesetze eine Grundverleihung an einem damals freien Grundstücke mit Zusage oder ausdrücklicher Erwähnung der Steuerfreiheit stattgefunden habe, — §. 83. des Gesetzes Nr. 938. §. 62. des Gesetzes Nr. 939., §. 60. des Gesetzes Nr. 940., so enthält doch nur das Gesetz sub. Nr. 938., — und zwar allein — die dritte auf die Grundsteuerzahlung sich beziehende, den gegenwärtigen Fall betreffende Vorschrift, nämlich den Satz: daß der verpflichtete Grundbesitzer die Grundsteuer ohne jede Vergütigung von Seiten des Berechtigten allein zu tragen habe, wenn vor Einführung der fremden Gesetze die Verleihung eines steuerfreien Grundstücks dergestalt vorgenommen wurde, daß der Ver-

leihungsvertrag die Steuerfreiheit weder zusagte, noch ausdrücklich erwähnte (vergl. §. 81. a. a. O.)

Eine derartige Bestimmung findet sich aber, wie gedacht, in den beiden Gesetzen Nr. 939. und 940. nicht und daraus folgt denn von selbst, daß unter völlig gleichartigen factischen Voraussetzungen, wie sie der vorliegende Fall, in den Landestheilen, welche eine Zeit lang zum Großherzogthum Berg gehört haben oder dem französischen Kaiserreiche incorporirt waren, der Fünftel-Abzug gestattet wird, während er in dem ehemals westphälischen Gebiete versagt ist. —

Es beruhet auch dieser principielle Unterschied der allegirten Gesetze nicht — wie eine Abhandlung in Sommer's neuem Archive Jahrgang I. S. 341. 349. dafür hält — auf einem, durch zu sorgliches Streben nach Deutlichkeit veranlaßten Redactionsfehler, vielmehr ergeben die eingesehenen Verhandlungen des Staatsraths und des Justiz-Ministerii auf das Unzweideutigste, daß man sich der Gegensätze und Verschiedenheiten sehr wohl bewußt gewesen und geradehin beabsichtigt hat, den Fünftel-Abzug bei ehemals steuerfreien Grundstücken im Bereiche des sonstigen Königreichs Westphalen zu beschränken, in den vormals großherzoglich Bergischen Landestheilen aber ganz in der Weise und Tragweite bestehen zu lassen, wie dies durch die betreffenden Gesetze und ein unterm 13. März 1813 genehmigtes Staatsraths-Gutachten vom 22. Juli 1811 geregelt worden war.

Bei Gelegenheit der Berathung des Staatsrathes über das, für die vormals westphälischen Landestheile berechnete Gesetz, kam es nämlich zur Sprache, daß die betreffende fremdherrliche Gesetzgebung, insbesondere das Decret vom 31. Mai 1812, — nach welchem die Pflichtigen die Grund-

steuer zwar ganz bezahlen sollen, den Eigenthümern der Prästationen aber den fünften Theil derselben in Abzug zu bringen da ermächtigt worden, wo in Gemäßheit der Art. 59. 60. des Gesetzes vom 18. August 1808 dieser Abzug überhaupt gemacht werden durfte — in der Provinz Sachsen, namentlich in den Landestheilen Magdeburg, Halberstadt, Mansfeld, dem Saalkreise und im Hohensteinischen nicht zur Ausführung gebracht sei, hier vielmehr die Erwerber steuerfrei gewesener Grundstücke die neu auferlegte Grundsteuer ohne Abzug allein getragen hätten. Man entwickelte aus dieser Praxis den Grundsatz, daß beim Mangel ausdrücklicher vertragsmäßiger Bestimmungen über die Steuerfreiheit eines vormals verliehenen steuerfreien Besitzthums, der Grundbesitzer, wie er die Vortheile der früheren Verfassung genossen, nun auch die Nachtheile der nachmaligen Besteuerung allein zu tragen habe, und auf Grund jener, noch anderweit speciell bezeugten Praxis hin, ward dann beschlossen:

> daß bei solchen Grundverleihungen, welche auf steuerfreiem Boden seit der ersten Einführung des A. L. R. dergestalt stattgefunden, daß dabei die Steuerfreiheit weder versichert noch ausdrücklich erwähnt worden, die Beitragspflicht des Verleihers wegfallen, bei den älteren Grundverleihungen auch kein Unterschied gemacht werden solle, —

und demgemäß §. 81. des Gesetzes Nr. 938. gefaßt, ohne weiter zu erörtern, ob die im Magdeburgischen rc. abweichend von der anderweitig bestimmenden westphälischen Gesetzgebung, geübte und beliebte Praxis auch in den übrigen Landestheilen üblich gewesen sei. Daß dies nicht der Fall, ist späterhin erst und speciell bezüglich der Grafschaft Ravensberg festgestellt, hierin jedoch keine genügende Veran-

lassung gefunden, den §. 81. des Gesetzes Nr. 938. auf engere Grenzen zu beschränken und auch in den ehemals westphälischen Landesgebieten wegfallen zu lassen, wo die fremdherrliche Gesetzgebung bezüglich des Fünftel-Abzuges wirklich vollständig zur Ausführung gebracht war, vielmehr ist ein Antrag auf Declaration des Gesetzes Nr. 938. in diesem Sinne Allerhöchsten Orts abgelehnt worden. (Vgl. auch Dönniges, Landescultur-Gesetzgebung 2. Bd., das 2. Heft S. 207. 208.)

Was dagegen die ehemals großherzoglich Bergischen Landestheile anlangt, so ist bei der Vorberathung des ihnen gewidmeten Gesetzes Nr. 939. ausdrücklich anerkannt, daß die für die Provinz Sachsen bewahrheitete Praxis dort nicht Platz gegriffen, man hat sich überzeugt, daß bezüglich des in Frage stehenden Gegenstandes für das Bergische gerade das Gegentheil von dem festgesetzt werden müsse, was beim Wephälischen Gesetze angenommen worden und deshalb ausdrücklich beschlossen:

den im §. 81. des Gesetzes Nr. 938. niedergelegten Grundsatz aus dem Gesetze Nr. 939. wegzulassen,

wie denn eben derselbe auch für das Gesetz Nr. 940. bestimmt ward. Und weilnun gerade das Gesetz Nr. 939. sich hinsichtlich der angeregten Frage wesentlich von dem Nr. 938. nicht nur unterscheidet, sondern auch — nachgewiesener Maaßen — eine abweichende Bestimmung ergeben sollte, so folgt von selbst, daß der lediglich auf §. 81. des Westphälischen Gesetzes berechnete und somit einen dem Bergischen völlig fremden Gegenstand behandelnde Plenarbeschluß vom 18. Mai 1840 (vergl. Entscheid. Bd. 5. S. 248 ff.) hier gänzlich außer Berücksichtigung bleiben muß. Der Appellations-Richter hat vielmehr für den gegenwärtigen im Bereiche des Gesetzes Nr. 939. liegenden Fall

ganz richtig angenommen, daß wenn — wie hier — vor Einführung der fremden Gesetze die Verleihung eines steuerfreien Grundstücks dergestalt geschehen, daß der Verleihungsvertrag die Steuerfreiheit weder zugesagt, noch ihrer ausdrücklich Erwähnung gethan, der Fünftel-Abzug von den auf demselben ruhenden Reallasten Platz greife; es fällt ihm also kein rechtsgrundsätzlicher Verstoß zur Last.

№ 69.

Feuerversicherung.

Auslegung der Verordnung vom 7. November 1845, wegen Ergänzung und Abänderung einiger Bestimmungen des Reglements für die Feuer-Societät des platten Landes des Herzogthums Sachsen, vom 18. Februar 1838, in dem Zusatze zu §. 65. des Letzteren:

daß das wiederhergestellte Gebäude denselben Zwecken, wie das abgebrannte, dienen müsse.

Gesetz-Sammlung für 1838 S. 232—236., für 1845 S. 727—738.

A. L. R. Thl. I. Tit. 16. §. 178.

Die verehelichte Müller W. zu N. bei Wittenberg, hatte ihre Wassermühle, in welcher sich auch ein, als Oelmühlenwerk bezeichneter Mahlgang befand, bei der Feuer-Societät des platten Landes des Herzogthums Sachsen mit überhaupt 4740 Thlr. versichert, wovon 660 Thlr. ausdrücklich auf das Oehlmühlenbetriebswerk in der Versiche-

rungspolice gerechnet waren. Am 2. August 1851 brannten die Mühlengebäude, mit Ausnahme einiger Stallungen, und in Ersteren auch der Oelmahlgang, gänzlich ab und der von der Versicherungs-Gesellschaft zu vergütigende Brandschaden wurde auf Höhe von 4281 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. ermittelt und festgestellt, dieser Betrag auch der Versicherten, auf Grund des von dem Kreis-Landrath von J., welcher zugleich die Functionen eines Special-Directors der Versicherungs-Gesellschaft zu versehen hat, der Ersteren dahin ausgestellten Attestes, daß sie zu dem Neubau die Summe von 5037 Thlr. verwendet habe, in den reglementsmäßigen Raten, ohne Vorbehalt, gezahlt.

Die neuerrichteten Gebäude bestanden, wie die abgebrannten, in einer Wassermahlmühle mit zwei Mahlgängen, einer Schneidemühle, mit dem dazu erforderlichen Betriebswerke und den zur Wohnung bestimmten Räumlichkeiten, statt des Oelmühlenwerks aber hatte die Besitzerin einen Graupengang dem mahlenden Werke zugefügt.

In dem letzteren Umstande fand die General-Direction der Versicherungs-Gesellschaft, nach bereits erfolgter Zahlung der Versicherungs-Summe, Veranlassung, die Versicherte aufzufordern, entweder das Oelmühlenwerk binnen Jahresfrist nachträglich herzustellen, oder die dafür erhobene Brandentschädigung mit 660 Thlr. zurückzuzahlen, und sie klagte, da die verehelichte W. sich weder zu dem Einen noch dem Anderen verstehen wollte, nach Ablauf der gesetzten Frist gegen sie auf Erstattung der 660 Thlr. mittelst der auf §. 178. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. gestützten Condictio indebiti.

Die Verklagte widersprach der Klage, indem sie einwandte, daß sie nicht nur die empfangene Brandentschädigungs-Summe, sondern noch mehr als die geforderten 660 Thlr. über jene, wirklich auf den Neubau verwendet habe,

sowie, daß auch die vorgenommene Abänderung der Betriebs-werke den allgemeinen Zweck des Baues, als Mühle, nicht zu ändern vermöge, das neue Gebäude vielmehr denselben Zwecken diene, wie das abgebrannte, und mithin den Vorschriften der Verordnung vom 7. November 1845 auch wirklich genügt sei.

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Wittenberg vom 14. September 1855 und des Appellations-Gerichts zu Naumburg vom 23. April 1856 wurde auch die Klägerin mit der erhobenen Klage abgewiesen, indem der Appellations-Richter, auf dessen Gründe es hier zunächst nur ankommt, annahm, daß das Erforderniß eines Irrthums bei der Zahlung im vorliegenden Falle zwar für vorhanden angesehen werden könne, dagegen aber die beiden anderen Voraussetzungen des §. 178. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. nicht obwalteten, da vielmehr eine wirkliche Verbindlichkeit der Versicherungs-Gesellschaft zur Zahlung der Versicherungs-Summe angenommen und nicht gesagt werden könne, daß die Verklagte, als Versicherte und Zahlungs-Empfängerin, durch die Zahlung einen Vortheil erlangt habe, zu welchem sie gar kein Recht gehabt.

Die klagende General-Direction legte gegen diese Entscheidung die Nichtigkeits-Beschwerde ein; der vierte Senat des Ober-Tribunals wies jedoch diese durch das Erkenntniß vom 20. December 1856 zurück, indem er für diese Entscheidung nachstehende

Gründe

gab:

Die Verordnung wegen Ergänzung und Abänderung einiger Bestimmungen des Reglements für die Feuer-Societät des platten Landes des Herzogthums Sachsen vom 7. November 1845 drückt in allen ihren Bestimmungen die

gleichmäßige Absicht des Gesetzgebers aus, auf der einen Seite die Feuer-Societät gegen Nachtheile zu sichern, die ihr aus unlauterem oder böswilligem Verhalten der Versicherten erwachsen, auf der anderen Seite aber auch Uebelstände zu beseitigen, welche durch eine zu schroffe Auslegung und Anwendung des Reglements den Versicherten von der Societät zugefügt werden könnten. Es ist die Pflicht des erkennenden Richters die Erreichung jener Absicht nach beiden Seiten hin zu vermitteln.

Das Reglement für die Feuer-Societät des platten Landes des Herzogthums Sachsen, vom 18. Februar 1838, macht in seinem §. 65. das Recht des Associirten, im Falle eines Totalschadens die vollen Brandvergütigungs-Gelder zu fordern, lediglich von der Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes auf derselben Stelle und von dem Nachweise abhängig, daß diese Gelder auch wirklich, ihrem ganzen Betrage nach, zum Bau verwendet worden, und es bestimmte zugleich ausdrücklich:

> daß der Anspruch des Versicherten niemals von der Wiederherstellung eines dem abgebrannten völlig gleichen Gebäudes abhängen solle.

Die Verordnung vom 7. November 1845 hält in ihren Zusätzen zu jenem Paragraphen zwar im Allgemeinen den Grundsatz fest:

> daß nicht ein, dem abgebrannten völlig gleiches Gebäude wiederherzustellen, sondern es nur erforderlich sei, daß die Vergütigungsgelder lediglich zum Bau verwendet würden,

sie fügt jedoch diesem Grundsatze die Beschränkung bei:

> daß das wiederhergestellte Gebäude denselben Zwecken dienen müsse, wie das abgebrannte,

und um diese Einschränkung deutlich zu machen, bedient sie sich der Worte:

war z. B. das abgebrannte Gebäude eine Oelmühle, so muß eine Oelmühle, war das abgebrannte Gebäude ein Wohnhaus, so muß ein Wohnhaus u. s. f. erbaut werden. Bei Wirthschaftsgebäuden ist dagegen nachgelassen, daß statt einer Scheune ein Stall und umgekehrt, erbaut werde.

Im vorliegenden Falle ist nun eine Wassermühle versichert gewesen und abgebrannt, welche nach den beigebrachten Acten des Kreis-Feuer-Societäts-Directors von J. bestand:

a. aus einem Mühlen- und Wohngebäude,
b. aus einem Mühlenbetriebswerke mit zwei Mahlgängen Arche und Wasserrädern,
c. aus einem Oelmühlenbetriebswerke,
d. aus einer Schneidemühle und dem dazu gehörigen Betriebswerke,

und zwar befanden sich alle diese Betriebswerke in einem und demselben Gebäude. Wiederhergestellt hat die Verklagte die vorstehend sub a., b. und d. aufgeführten Gebäude, statt des Oelmühlenbetriebswerks aber hat sie einen Graupengang angelegt und auf den ganzen Neubau hat sie 1222 Thlr. 7 Sgr. 6 Pf. mehr verwendet, als ihr an Brandentschädigungs-Geldern von der Societät gezahlt worden. Es liegt also der vom Gesetz nachgelassene Fall vor, daß ein, dem abgebrannten nicht völlig gleiches Gebäude wiederhergestellt worden, und es ist dem Gesetz darin genügt, daß die Vergütigungs-Gelder zu einem, nahe um das doppelte höheren Betrage, als das Oelmühlenbetriebswerk versichert war, auf den Neubau verwendet worden sind. Darin, daß dieses Oelmühlenbetriebswerk nicht wiederhergestellt, sondern statt dessen ein Graupengang angelegt worden, kann aber eine solche Abweichung von der ursprünglichen Bestimmung des ganzen Mühlenwerkes nicht gefunden werden, wie sie

der Zusatz-Paragraph der Verordnung von 1845 **verbietet**, denn das versicherte Object war seinen **Hauptbestandtheilen** nach, eine Wassermahlmühle, in welcher das **Oelmühlenwerk** nur eine untergeordnete Stellung einnahm. Das **Wasser**mühlenwerk ist aber wiederhergestellt und dient also **die neue** Anlage auch demselben Zwecke, wie die **abgebrannten** Gebäude, ohne daß es von Erheblichkeit ist, daß **das neue** Werk nicht auch, außer seiner Hauptbestimmung, **noch als** Oelmühle benutzt werden kann, sondern statt deren einen Graupengang treibt. Eine Verletzung des Gesetzes **könnte** nur dann angenommen werden, wenn statt der **Mahlmühle** ein anderes Gebäude, entweder mit oder ohne Benutzung der Wasserkraft angelegt, wenn es für andere Zwecke, als des früheren, bestimmt und eingerichtet worden wäre. Das vom Gesetze gewählte Beispiel einer Oelmühle würde nur dann hier Anwendung finden können, wenn das abgebrannte Gebäude seiner ganzen Einrichtung und Bestimmung nach eine Oelmühle gewesen wäre, und die Verklagte statt deren ein anderes Werk erbaut hätte. Denn in der Nöthigung des Versicherten, das abgebrannte Gebäude in seiner Zweckbestimmung zu erhalten, das neue also in derselben Weise wiederherzustellen, soll, wie Klägerin nach den Motiven behauptet und ihr zugegeben werden kann, ein Schutzmittel gegen vorsätzliche Brandstiftung, die darin ihren Anlaß finden könnte, liegen, daß der Besitzer die bisherige Benutzungsart des Gebäudes nicht mehr zuträglich fände, und deshalb zu einem anderen Erwerbszweige übergehen wollte. Es trifft mithin das Verbot des Gesetzes auch den Fall, wenn der Besitzer einer Mahlmühle, eine Schneidemühle oder eine Papiermühle an die Stelle der abgebrannten setzen will, und es ist deshalb nicht zulässig, die Worte: „daß die wiederhergestellten Gebäude denselben Zwecken dienen müssen,“ in

der Allgemeinheit aufzufassen, daß es genüge, an die Stelle eines Wasserwerkes, wieder ein solches, gleich viel welcher Bestimmung es gewidmet sei, zu setzen; vielmehr erscheint die Bestimmung des versicherten Gebäudes in dem Maaße entscheidend, daß nach dessen Zerstörung durch Feuer, immer nur ein Gebäude derselben Art aufgerichtet und die Feuervergütigungs-Summe niemals dazu verwendet werden darf, neue Gebäude für andere Erwerbszweige herzustellen, als denen die abgebrannten gewidmet waren. Da aber in der abgebrannten Mühle der Verklagten das Oelmühlenbetriebswerk nur einen untergeordneten Bestandtheil bildete, welcher durch sein Dasein so wenig wie durch seinen Wegfall die Bestimmung der Hauptsache, als einer Wassermahlmühle, zu ändern vermochte, so muß auch angenommen werden, daß die Verklagte durch den Wiederaufbau der Mühlen- und Wohngebäude auf der Stelle der abgebrannten und durch Verwendung der Brandvergütigungs-Gelder zu diesem Baue, den Anforderungen des Gesetzes an sie, als Versicherte, genügt, und ein wohlbegründetes Recht auf die ihr gezahlte Versicherungs-Summe erworben habe.

Demgemäß mußte die eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde verworfen werden, da eine Verletzung der Grundsätze des §. 178. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. über die Zurückforderung aus Irrthum geleisteter Zahlung und der allegirten Reglements-Bestimmungen, dem Appellations-Richter nicht schuld gegeben werden konnte.

III.

Präjudicien.

a) in Civil=Sachen.

№ 2671. Siehe S. 291. dieses Bandes.
№ 2672. Siehe S. 1. dieses Bandes.
№ 2673. Siehe S. 381. dieses Bandes.
№ 2674. Siehe S. 48. dieses Bandes.
№ 2675. Siehe S. 260. dieses Bandes.
№ 2676. Siehe S. 19. dieses Bandes.
№ 2677. Siehe S. 276. dieses Bandes.

№ 2678. 15. Januar 1857. IV. Senat. Zur A. G. O. Thl. I. Tit. 16. §. 17. Nr. 4.

Die Bestimmung der A. G. O. Thl. I. Tit. 16. §. 17. Nr. 4. enthält nicht einen Grundsatz des materiellen Rechts, sondern nur eine Proceß=Vorschrift, die nicht zu den wesentlichen gehört, deren Verletzung im Wege der Nichtigkeits=Beschwerde gerügt werden kann.

№ 2679. 22. December 1856. I. Senat. Zu A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §. 865.

Der Warschauer Tractat vom 24. Februar 1768 hat im Art. II. §. 7. seiner ersten Separatacte, der katholischen Geistlichkeit Zehnten und Meßkorn gegen die damals sogenannten Dissidenten nur unter Voraussetzung eines besonders nachzuweisenden Rechts auf diese Hebungen vorbehalten und es genügt daher nach dieser provinzialrechtlichen Be-

stimmung, im Großherzogthum Posen, zur Begründung eines solchen Anspruchs gegen einen Grundbesitzer des evangelischen Bekenntnisses (eines Dissidenten im Sinne jenes Tractats) nicht die Berufung auf die, gemäß §. 865. Tit. 11. Thl. II. des A. L. R. aus der Lage eines Grundstücks in einer sonst zehnpflichtigen Feldmark, abzuleitende Vermuthung.

b) des Senats für Strafsachen.

№ 217. 24. October 1856. Abth. I. Zur Verordnung vom 3. Januar 1849. §. 179.

Auch in dem Falle, wenn eine Verwaltungsbehörde das Rechtsmittel der Nichtigkeits-Beschwerde allein, — ohne Beitritt der Staats-Anwaltschaft — und ohne Erfolg eingelegt hat, findet der §. 179. der Verordnung vom 3. Januar 1849 Anwendung. Es ist, ohne der Vertheidigungskosten des Angeklagten besonders zu erwähnen, auf Niederschlagung der Kosten zu erkennen.

№ 218. Siehe S. 426. dieses Bandes.

№ 219. Siehe S. 411. dieses Bandes.

№ 220. 7. November 1856. Abth. I. Zum Str. G. B. §. 121. und zum Gesetze vom 3. Mai 1852 Art. 81.

Bei dem im §. 121. des Str. G. B. vorgesehenen Verbrechen der Münzfälschung ist die rechtswidrige Absicht, das falsche Geld in Umlauf zu setzen, vorausgesetzt, und bedarf es daher einer ausdrücklichen Feststellung dieser Absicht nicht. Dagegen wird die Anwendbarkeit des gedachten Paragraphen ausgeschlossen, wenn festgestellt wird, daß der Angeklagte diese im Gesetz vorausgesetzte Absicht nicht gehabt

habe; es genügt zu dieser Feststellung **die bloße** Negative. Dem Verlangen des Angeklagten, eine darauf gerichtete Frage den Geschworenen **vorzu**legen, muß nach Art. 81. des Gesetzes **vom** 3. Mai 1852 entsprochen werden, und die **positive** Feststellung einer anderen straflosen **Absicht** ist nicht erforderlich.

№ 221. Siehe S. 333. dieses Bandes.

№ 222. Siehe S. 362. dieses Bandes.

№ 223. 22. Januar 1857. Abthl. II. Zu dem Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 96. und 100. (Zusatz zu dem Präjudiz Nr. 124.)

Die wesentliche Vorschrift des Verfahrens, daß der Ausspruch der Geschworenen auf dessen Uebergabe an den Vorsitzenden des Schwurgerichts von diesem und dem Gerichtsschreiber zu unterzeichnen sei, muß vor der Verkündigung desselben an den Angeklagten befolgt werden.

№ 224. 12. Januar 1857. Plenum.

a. Zum Str. G. B. §. 89.

Zu den im §. 89. des Str. G. B. bezeichneten Beamten sind auch die Förster der Gemeinden zu verstehen.

b. Zum Str. G. B. §§. 89. und 192., beziehungsweise A. L. R. Thl. I. Tit. 14. §. 415.

Eine an sich zu dem Amtsberufe eines Beamten gehörige, von ihm in amtlicher Eigenschaft vorgenommene Handlung, insbesondere eine von einem Förster vorgenommene Pfändung, verliert nicht in allen Fällen den Charakter der Amtshandlung bezüglich auf die Anwendbarkeit der §§. 89. und 192. des Str. G. B. dadurch, daß der Beamte

sich bei Vornahme derselben eines Versehens schuldig gemacht, oder dieselbe ohne genügende Veranlassung vorgenommen hat. Jedoch ist die Pfändung, welche ein Förster nicht als Beschlagnahme von Ueberführungsstücken zur strafrechtlichen Verfolgung vorgenommen hat, als Amtshandlung im Sinne der §§. 89. und 192. des Str. G. B. nicht anzusehen, wenn er sie nach §. 415. Tit. 14. Thl. I. des A. L. R. vorzunehmen überhaupt nicht berechtigt war.

№ 225. 12. Januar 1857. Plenum. Zum Str. G. B. §. 349. Nr. 3.

Unter den im §. 349. Nr. 3. des Str. G. B. genannten „Früchten" sind nur solche zu verstehen, welche im Augenblicke ihrer Entwendung für Menschen genießbar sind.

№ 226. 26. Januar 1857. Plenum. Zum Präjudiz Nr. 196., zum Gesetz wegen der Stempelsteuer vom 7. März 1822 §§. 20. und 26., zur Cabinets-Ordre vom 3. Januar 1830 zu 4. und zum Gesetz, betreffend die Besteuerung der trockenen Wechsel rc vom 26. Mai 1852.

Die Strafbestimmung der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 3. Januar 1830 zu 4., nach welcher Steuer-Contraventionen bei trockenen Wechseln, wie bisher, mit dem vierfachen Werthe des zu wenig verabredeten Stempels bestraft werden sollen, ist durch das Gesetz, betreffend die Besteuerung der trockenen Wechsel, vom 26. Mai 1852 aufgehoben und es findet auf Contraventionen bei trockenen Wechseln die im §. 26. des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 enthaltene Strafbestimmung auch in Betreff der Höhe der Strafe Anwendung.

№ 227. 12. Februar 1857. Abthl. II. **Zur** Verordnung vom 3. Januar 1849 §. 144.

Die Nichtigkeits-Beschwerde des Ober-Staats-Anwalts gegen ein Appellations-Erkenntniß ist, wenn im mündlichen Verfahren zweiter Instanz ein Vertheidiger des Angeklagten aufgetreten ist, diesem nach §. 144. der Verordnung vom 3. Januar 1849 mitzutheilen.

№ 228. 26. Januar 1857. Plenum. **Zum** Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 110. und Gesetz vom 26. April 1851 Art. 15.

Die von einem unter Anklage gestellten Appellations-Gerichts-Referendarius zu den Untersuchungs-Acten eingereichten, von ihm selbst angefertigten mit seiner Namens-Unterschrift versehenen Schriftsätze, die Anmeldung und Rechtfertigung seiner Nichtigkeits-Beschwerde enthaltend, bedürfen außer dessen eigener Unterschrift nicht noch der Legalisation durch einen zum Richteramte befähigten Rechtsverständigen.

IV.

Anhang.

Geschäfts-Einrichtung und Personal-Chronik des Ober-Tribunals.

Im Geschäftskreise des Ober-Tribunals ist seit den Nachrichten S. 475. Band 29. der Entscheidungen eine Erweiterung dadurch veranlaßt, daß mittelst Staats-Vertrages vom 10. December 1855 (Ges. Samml. S. 6. von 1856) die Leitung der Gemeinheitstheilungen und Ablösungen, so wie die Entscheidung der dabei vorkommenden Streitigkeiten im Fürstenthume Schwarzburg-Rudolstadt den dazu berufenen Königlich Preußischen Behörden übertragen worden. Auch ist besage Staats-Vertrages vom 5. und 18. Juli 1856 das Ober-Tribunal in Civil-Proceßsachen zum obersten Gerichtshofe für die Fürstenthümer Waldeck und Pyrmont bestellt.

Ferner sind auch Veränderungen in dem Verfahren bei dem Ober-Tribunale durch neue Gesetze eingetreten.. Das Gesetz vom 26. März 1855 (Ges. Samml. S. 189.) hat die Anwendung der Vorschriften der Verordnung vom 21. Juli 1846 in der Revisions- und Nichtigkeits-Beschwerde-Instanz auch auf Auseinandersetzungssachen eingeführt. Dieses Gesetz hat zugleich die Bestimmung Nr. 4. der Cabinets-Ordre vom 1. August 1836 wiederhergestellt, und die mündliche Verhandlung und Entscheidung der vorliegenden Rechtssache von der Plenar-Berathung über die zweifelhaft gewordene Rechtsfrage ausgeschlossen. Das Gesetz vom 7. Mai 1856 (Ges. Samml. S. 293.) hat

aber bei den Entscheidungen des Plenums des Ober-Tribunals die Mitwirkung aller Senate verordnet, die Vorschriften Nr. 3., 4. und 5. der Cabinets-Ordre vom 1. August 1836 auch in so fern geändert, als jedem Senate von dem von ihm selbst behaupteten Rechtsgrundsatze wieder abzugehen ohne Plenarbeschluß gestattet sein soll, Referenten zur Plenar-Berathung auch aus dem dieselbe veranlassenden Senate gewählt werden können und das Plenum, ohne Einholung einer declaratorischen Vorschrift von seinen Beschlüssen abzuweichen ermächtigt worden, endlich die Anhörung des General-Staats-Anwalts, vor der Entscheidung des Plenums, in Strafsachen, in Sachen aus dem Gebiete des Rheinischen Rechts und in Ehesachen verordnet. In diesem Gesetze ist auch über die Bildung der Abtheilungen und die Competenz des Plenums des Senats für Strafsachen verfügt.

Durch das Gesetz vom 26. März 1856 (Ges. Samml. S. 201.) ist zur Entscheidung in Disciplinar-Sachen über Dienstvergehen der Richter, die Bildung eines Disciplinar-Senats, oder nach Unterschied der Fälle, die Zuständigkeit des Ersten oder des Rheinischen Senats angeordnet. Das letztgedachte Gesetz hat zugleich in Ansehung der Rechts-Anwälte des Ober-Tribunals die Errichtung eines Ehrenraths eingeführt.

Ueber die Personal-Veränderungen, welche das Ober-Tribunal seit der letzten Mittheilung erfahren hat, ist Folgendes zu bemerken:

Der Vice-Präsident und Wirkliche Geheime Ober-Justiz-Rath Herr Dr. Busse, ist auf sein Ansuchen am 1. October 1856 in den Ruhestand versetzt. Am 17. November 1797 war er in den Königlichen Justiz-Dienst getreten, am 6. Februar 1816 zum Geheimen Ober-Tribu-

nals-Rathe und am 13. Juli 1836 zum Vice-Präsidenten des obersten Gerichtshofes ernannt und hatte 30 Jahre, von 1816 bis 1846, als Mitglied und zuletzt als Vorsitzender der Immediat-Justiz-Examinations-Commission fungirt. Seine großen Verdienste sind allgemein anerkannt und die Verehrung und Liebe aller der vielen Beamten, welche mit ihm in amtliche Beziehung gekommen sind, begleitet ihn bei seinem Abgange. Des Königs Majestät haben seine dem Staate geleisteten Dienste noch durch Verleihung des Rothen Adler-Ordens Erster Classe auszuzeichnen geruht.

Der Vice-Präsident, Herr Kuhlmeyer, ist am 8. December 1856 gestorben. Seit dem 10. Juni 1806 stand er im Königlichen Justiz-Dienste, wurde am 12. Juli 1831 zum Geheimen Ober-Tribunals-Rathe und am 11. December 1852 zum Vice-Präsidenten des Ober-Tribunals ernannt, und am 10. Juni 1856 bei seinem 50jährigen Dienstjubiläum hatte des Königs Majestät ihm den Stern zum Rothen Adler-Orden Zweiter Classe mit Eichenlaub zu verleihen geruht. Seine seltenen und ausgezeichneten Eigenschaften werden unvergessen bleiben und sein Tod, welcher ihn in voller Rüstigkeit ereilte, wird von allen seinen Amtsgenossen mit tiefem Schmerze beklagt.

Der Ober-Tribunals-Rath Herr Broicher, ist am 28. März 1855 zum Ersten Präsidenten des Appellations-Gerichtshofes zu Cöln ernannt; der Ober-Tribunals-Rath Herr Dr. Jacobi, am 28. October 1855 verstorben; der, mittelst Bestallung vom 19. Juli 1855 zum Ober-Tribunals-Rathe ernannte, Ober-Procurator Herr Wever, am 18. Juni 1856 als Geheimer Ober-Justiz-Rath in das Justiz-Ministerium versetzt und dem Geheimen Ober-Tribunals-Rathe Herrn Dr. Meier, die nachgesuchte Entlassung zum 1. Januar 1857 ertheilt.

Dagegen sind zu Ober-Tribunals-Räthen ernannt worden: die bisherigen Hülfsarbeiter

der Appellations-Gerichts-Rath Herr Ludwig, mittelst Bestallung vom 19. Juli 1855,

der Kammergerichts-Rath, Herr von Holleben, mittelst Bestallung vom 19. Juli 1855,

der Kammergerichts-Rath Herr Dr. Schütz mittelst Bestallung vom 12. November 1855 mit der Anciennität vom 31. August 1855 und

der Geh. Justiz- und Appellations-Gerichts-Rath Herr Blömer, mittelst Bestallung vom 1. September 1855; ferner:

der bisherige Ober-Procurator bei dem Landgerichte in Cöln, Herr Dr. Freiherr von Seckendorff durch Bestallung vom 18. August 1856.

Von den Rechts-Anwälten beim Ober-Tribunal ist der Justiz-Rath Herr Martins zum 1. November 1855 auf sein Ansuchen entlassen und der mittelst Bestallung vom 14. Juli 1855 zum Rechts-Anwalte ernannte Obergerichts-Assessor Herr Wagener II. mit dem ihm durch die Bestallung vom 4. März 1857 ertheilten Charakter als Justiz-Rath aus dem Justiz-Dienst geschieden.

Der bisherige Kreisrichter Herr Schmückert, ist am 20. October 1855 zum Rechts-Anwalt beim Ober-Tribunal bestellt.

Den Justiz-Räthen Herren Reusche und Jung, ist durch die Bestallungen vom 28. Februar 1857 der Charakter als Geheimer Justiz-Rath beigelegt.

Berlin, im März 1857.

Register.

I. Sachregister.

II. Verzeichniß der erläuterten oder zur Anwendung gebrachten Gesetze.

Allgemeines Landrecht.

Theil I.

Theil II.

Römisches Recht.

Digesta.

Codex.

Einzelne Gesetze, Verordnungen u. s. w. nach der Zeitfolge geordnet.

Jahr.	Tag.	
1852.	2. Juni.	Gesetz über den Holzdiebstahl. §. 35. S. 263.
1853.	5. Decbr.	Plenarbeschluß, betreffend die Auslegung des §. 738. Tit. 11 Thl. I. des A. L. R.

III. Chronologische Nachweisung der in den Bänden 29. bis 34. enthaltenen Plenar-Beschlüsse.

Vergl. die früheren Nachweisungen Bd. 8. S. 496., Bd. 12 S. 536., Bd. 16. S 548., Bd. 20. S. 577., Bd. 28. S. 492.

I. Civil-Sachen.

Pl. B.	1854.	Bd.	S.
295.	6. November. Vergleiche über künftige Alimente. Präj. 2563	29.	34.
296.	6. November. Erforderniß des Anerkenntnisses zum Nachweise der auf einem Grundstücke ruhenden Verpflichtung zu Besitzveränderungsabgaben. Präj. 2565	29.	48
297.	20. November. Das constitutum possessorium beim Kaufvertrage. Präj. 2574	29.	1.
298.	4. December. Vorbehalt der Zinsen bei Quittungen über das Capital. Präj. 2584	29.	13.
299.	4. December. Unterschrift von Verträgen durch Stellvertreter. Präj. 2585	29.	293.

Pl. B.	1855.	Bd.	S.
300.	8. Januar. Uebergang des Altentheils auf den Käufer bei gerichtlich nothwendigen Verkäufen. Präj. 2593	29.	301.
301.	8. Januar. Anspruch der Märkischen Städte auf die sogenannte Bierziese. Präj. 2594	29.	317.
302.	19. März. Umfang des dinglichen Rechts eines Hypotheken-Gläubigers. Präj. 2616	30.	1.
303.	19. März. Zulässigkeit von Einwendungen gegen eingetragene Forderungen, wenn nicht das Hypothekenrecht, sondern der persönliche Anspruch geltend gemacht wird	30.	21.
304.	7. Mai. Uebereignung hypothekarischer Forderungen im Wege der Execution. Präj. 2624	30.	408.

II. Criminal-Sachen.

1854.

1856.

Druck von G. A. Schlemenß u. Co. in Berlin.





